

THÈSE DE
PARIS.
1888
N^o. 6.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DES FORMES DU TESTAMENT ROMAIN

Le droit est le produit interne et réglé de l'histoire.

(HUERING, *L'esprit du droit romain*, I, p. 26.)

DROIT FRANÇAIS

DE LA NOTION DE L'ORDRE PUBLIC

EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

A son berceau l'humanité excluait l'étranger de tout droit; arrivée au terme de son perfectionnement, elle formera une grande famille au sein de laquelle règneront la fraternité et l'égalité.

(LAURENT, *Droit civil international*, II, p. 66.)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

René BOISSARIE

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

PARIS

L. LAROSE ET FORCEL

Libraires-Editeurs

22, RUE SOUFFLOT, 22

1888



Digitized by the Internet Archive
in 2026

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

IMPRIMERIE
CONTANT-LAGUERRE



BAR LE-DUC

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DES FORMES DU TESTAMENT ROMAIN

DROIT FRANÇAIS

DE LA NOTION DE L'ORDRE PUBLIC

EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*L'acte public sur les matières ci-après sera présenté et soutenu
le Mardi, 17 Juillet 1888, à trois heures*



PAR

René BOISSARIE

AVOCAT A LA COUR D'APPEL
LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE PARIS

PRÉSIDENT : M. CH. LYON-CAEN

SUFFRAGANTS	{	MM. JALABERT	}	PROFESSEURS
		RENAULT		
		LAINÉ		

PARIS

L. LAROSE ET FORCEL

Libraires-Éditeurs

22, RUE SOUFFLOT, 22

1888

A MA MÈRE



A MON PÈRE

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation
aux opinions émises dans les thèses; les opinions doivent être
considérées comme propres à leurs auteurs.

DROIT ROMAIN.

DES FORMES DU TESTAMENT ROMAIN.

Le droit est le produit interne et réglé de l'histoire.

(IHERING, *L'esprit du droit romain*,
I. p. 26.)

INTRODUCTION.

Tout acte juridique se présente sous une certaine forme ; pour admettre, en effet, l'existence d'une volonté et lui faire produire des effets de droit, il faut qu'il soit possible de la reconnaître, il faut qu'elle ait une expression extérieure. Cette manifestation sensible peut être abandonnée à l'initiative des individus ; elle peut être déterminée par l'ordre de la loi. Sans doute, un moule imposé et rigide est aussi dangereux qu'incommode : on punit l'ignorance, la maladresse, la légèreté ; on retarde et gêne la conclusion des affaires qu'on a en vue d'assurer. Mais si l'on remarque en même temps que l'existence d'un type invariable, en

déterminant avec précision le caractère des faits, facilite le diagnostic du juge; que de plus elle éveille par son apparition l'attention des parties et les préserve des surprises; qu'enfin dans certains cas elle prépare la preuve ultérieure, protège les contractants ou prévient les tiers, on comprend que suivant les pays, les époques et les espèces, le législateur laisse la liberté ou décrète la contrainte. L'usage de formes officielles, c'est-à-dire le formalisme, est donc essentiellement variable et relatif; il n'en excite que davantage la curiosité du jurisconsulte.

Ces vêtements qu'on donne ainsi aux volontés juridiques doivent d'abord se modeler sur l'acte qu'elles ont à exprimer; leur structure se limitera au caractère ou à l'effet qu'elles ont à signaler ou à produire; une revendication ne saurait être faite comme une promesse. Ils portent en même temps le cachet et la marque de l'époque où ils ont apparu, du tempérament qui les a créés : ils se multiplient en effet avec d'autant plus de vogue que l'esprit humain, aux débuts de son développement, éprouve plus de difficultés à la recherche de l'expression, et, en présence de l'imperfection originaire du langage, a un plus grand besoin de forger des images et des symboles pour rendre d'une façon sensible ses pensées, ses aspirations, ses résolutions; appelées ainsi à signaler l'idée, les formes peuvent le faire, comme en droit germanique, d'une façon poétique et sentimentale, ou, comme en droit romain, d'une manière prosaïque et sèche. A ce point de vue, leur description présente un intérêt critique.

Ce n'est pas tout : ces formes qu'un peuple détermine ainsi selon le dessein qu'il a conçu, selon le degré

d'entendement auquel il est arrivé, selon les tendances esthétiques qui l'entraînent, ne sont pas toujours parfaites, adéquates à leur objet. Fabriquées par des ouvriers maladroits, copiées sur des modèles voisins et inexacts, inspirées par des idées particulières à leur temps, elles ne sont pas en corrélation intime avec la notion juridique qu'elles révèlent; leur configuration et leur coupe imposent dès lors des restrictions ou des règles que la pure conception de l'acte n'aurait nullement désirées et qu'elle accepte difficilement. Elles fournissent donc la raison d'être et par suite la portée de certaines prescriptions, et dès lors leur étude présente un intérêt juridique.

Enfin ces procédés jadis originaux et appréciés deviennent démodés et cessent de plaire : leur imperfection en fait rechercher de plus commodes; d'autres besoins sont nés; l'esprit juridique a grandi et s'est affranchi des nécessités primitives. Mais les antiques formes ne cèdent pas sans protestation la place à leurs rivales; elles résistent avec d'autant plus d'énergie qu'elles ont été plus fortement constituées et que le pays s'attache davantage aux legs des ancêtres. Lorsqu'en particulier il s'agit du peuple romain, qui a trouvé dans l'extension du formalisme la satisfaction de ses intérêts pratiques et de son amour de l'ordre et de la régularité; du peuple romain, dont l'esprit conservateur défend avec opiniâtreté les résultats acquis par la réflexion et l'effort, on peut découvrir dans cette lutte entre les éléments anciens et les éléments nouveaux, dans les transactions qui sont souvent intervenues entre eux, la trace et l'explication d'un développement progressif, d'une lente transformation, d'une évolution

sans secousse comme sans arrêt. A cet égard l'analyse des formes présente un intérêt philosophique.

Parmi les nombreux actes juridiques, l'un d'eux, le testament romain, occupe une place remarquable aussi bien par la complexité et l'originalité de sa nature que par les fortunes diverses qu'il a traversées. Nous nous proposons, en étudiant ses formes aux différents moments de son histoire, de rechercher quelles causes les ont créées, quelles causes les ont fait disparaître. — Nous essaierons en même temps de dégager les conséquences que leur adoption et leur abandon ont produites sur les règles intrinsèques. — Enfin, troisième objet, nous nous efforcerons de mettre en relief les qualités de l'esprit romain, peut-être même la marche de l'esprit humain.

CHAPITRE PREMIER.

LE TESTAMENT CONSIDÉRÉ COMME UNE INSTITUTION D'ORDRE POLITIQUE ET RELIGIEUX.



I.

Le droit de tester, c'est-à-dire le droit de faire exécuter sa volonté sur les choses en son pouvoir au moment même où cette volonté s'éteint et où ce pouvoir semble cesser¹, n'est pas au premier abord facile à concevoir; tout au moins sa notion paraît-elle plus délicate et plus compliquée que celle de la plupart des actes juridiques, notamment le transfert immédiat de la propriété ou la création actuelle d'une obligation; au surplus une foule de peuples n'ont jamais pu s'élever jusqu'à cette idée et en sont toujours restés au fond à la succession *ab intestat*². Faut-il dire que l'esprit

¹ Le testament, dit Ihering, exprime la volonté passée de celui qui est maintenant sans volonté (*L'esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, I, 149).

² Les lois de Manou, quoique réglant d'une façon très-détaillée la succession des Hindous, ne parlent pas de testaments (Trad. de Deslongchamps, 1833); en Grèce, il n'en est question pour les Lacédémoniens qu'à partir de l'éphore Epitadès, (Plutarque, *Vie d'Agis*, trad. Pierron, IV, 6) et pour les Athéniens qu'à partir de Solon (Plutarque, *Vie de Solon*, trad. Pierron, X, 207); en Germanie, le testament était inconnu au dire de Tacite (*Germania*, XX).

juridique des anciens Romains a su *à priori* trouver naturel et qu'il a même encouragé ce que d'autres n'ont jamais pu comprendre, ce que beaucoup n'ont admis qu'après une longue élaboration et avec de nombreuses restrictions? C'est un point très-obscur, et pour l'histoire de ces époques primitives on discute encore vivement, sinon sur l'existence de cette faculté de disposition extrême, du moins sur l'étendue qu'on lui reconnut ou les limites qu'on lui imposa.

On sait que dès le début l'*agnatio* et la *gens*¹, deux institutions caractéristiques à Rome, reflétèrent la prédominance de l'intérêt social; que les liens du sang cédèrent devant des considérations d'ordre public; qu'il se forma une séparation entre la famille juridique, que l'État dota de ses faveurs, et la famille naturelle, qui resta livrée à la libre influence de l'amour individuel. Ne peut-on pas dès lors présumer qu'à la suite de cette opposition se manifestèrent de très-bonne heure des tendances pour restituer à la parenté de naissance par des actes juridiques ce que la loi lui refusait et notamment lui rendre le droit héréditaire au moyen du testament? Le testament trouverait ainsi son origine et sa conception précoce dans une pensée d'affection et dans un sentiment moral que l'organisation romaine laissait

¹ Nous ne voulons pas dire par là que la *gens* fût une institution politique au même titre que la *curia* (Niebuhr, Ortolan, Giraud); nous admettrions plus volontiers avec Becker, Lange, Fustel de Coulanges, etc., qu'elle était un groupe de familles agnates; mais, sans entrer dans le débat, nous faisons simplement allusion à la jouissance de certains droits appelés *gentilices*, que le législateur reconnut et garantit aux membres d'une même *gens* et qui s'expliquent dans l'un comme dans l'autre système à peu près par les mêmes motifs (Villems, *Droit public romain*, p. 37).

éveillés et impérieux, tandis que dans les autres législations cette pensée et ce sentiment s'endormaient en trouvant leur satisfaction ¹.

Mais ces tentatives particulières de dérogation aux règles générales devaient, comme toute insurrection, rencontrer des barrières et des résistances : rudes et énergiques, les Romains avaient donné à leur cité naissante une puissante constitution ; entourés d'ennemis et après à la conquête, stimulés par la nécessité de la défense ou les ardeurs de l'ambition, ils s'étaient imposé, pour la garantie de leur liberté ou la réalisation de leurs rêves, des mesures sévères, une discipline étroite, le respect absolu de la loi ; afin de garantir le prestige de telles mœurs, ils avaient forgé la famille à l'image d'une petite cité, et ces centres secondaires, où le principe d'autorité, s'affirmant à chaque instant, acquérait une plus grande force, étaient ainsi mis au service de leurs calculs politiques. En même temps les idées religieuses exerçaient une haute influence ; les dieux, dont il fallait gagner les faveurs, intervenaient sans cesse dans l'art comme dans les plaisirs, dans la vie publique comme dans la vie privée² ; et les patriciens, qui avaient accaparé les fonctions de pontifes et d'augures, encourageaient d'autant plus volontiers ces pratiques qu'ils trouvaient à côté de la satisfaction de leurs croyances un efficace moyen de do-

¹ Les Romains, dit M. Q. de Lapouge, ont trouvé dans l'institution du testament, presque inconnu du monde antique ou pour mieux dire du monde entier, un remède puissant aux vices de leur système successoral (*Étude sur la nature et l'évolution historique du droit de succession*, Revue générale du droit, 1886, 408).

² Duruy, *Histoire des Romains*, I, 138.

mination. Préoccupations politiques, préoccupations religieuses, tout en porte la marque dans cette période primitive : ce sont elles qui, au point de vue qui nous occupe, cherchaient à assurer la conservation des biens dans les familles¹ et qui exigeaient que la dévolution du culte domestique fût inséparable de la dévolution du patrimoine²; — ce sont elles qui soumettaient l'*adrogatio* à des autorisations spéciales³ et empêchaient les affranchies de se marier en dehors de *la gens* à laquelle elles appartenaient⁴; — ce sont elles qui faisaient obstacle au droit de tester. Il était donc naturel, pour exercer cette faculté exceptionnelle, de demander l'assentiment des représentants de l'État et des représentants du culte : leur approbation devait suffire, mais elle paraît nécessaire.

Or, dès l'origine l'*imperium* appartenait au peuple; divisé en trente curies, il se réunissait au *forum* en un lieu appelé *comitium* et exerçait, avec le concours plus ou moins efficace du roi ou du sénat, le pouvoir législatif et parfois le pouvoir exécutif; ces assemblées

¹ L'idée de propriété collective de la famille semble bien avoir existé à l'origine : le fils est considéré du vivant de son père comme copropriétaire du *heredium* (Gaius, II, 157; D., 41, xxviii, 2); le droit de succession *ab intestat* des agnats et des gentils est qualifié de droit de retour (Gaius, III, 16; Cicéron, *De orat.*, I, 39). Ce qu'on doit au moins admettre, c'est que certains biens ne pouvaient être aliénés qu'au cas de nécessité (Cuq, *Nouvelle Revue historique*, 1886, X, p. 537).

² Cicéron, *De legibus*, II, 19, 21.

³ Décret des pontifes et assentiment du peuple réuni dans ses comices.

⁴ La *gentis eenuptio* était un privilège difficile à obtenir; le sénat l'accorda à Fescennia Hispala, lorsqu'elle eut révélé aux consuls le mystère des bacchanales (Tite-Live, XXXIX, 19).

générales, ces *comitia*, qui étaient chargées du vote des lois et qui même, d'après Denys d'Halicarnasse (II, 14 ; IV, 20), étaient consultées sur le choix des magistrats et sur les questions de paix ou de guerre, semblent avoir mis en pratique à cette époque antique le principe moderne de la souveraineté nationale ; mais il ne faut pas oublier que dans cette organisation, on ne sait par suite de quel mécanisme, mais cependant sans contestation aucune, la toute-puissance appartenait à une faible minorité, à une catégorie de privilégiés, sans doute aux descendants des races conquérantes, aux patriciens ; quoi qu'il en soit, ces comices aristocratiques représentaient l'État. En même temps leurs délibérations sont nulles si les auspices n'ont pas été préalablement pris ; les pontifes sont là pour sauvegarder les intérêts des dieux qui pourraient être compromis ; les exigences du culte sont donc satisfaites. S'il en est ainsi, lorsqu'il s'agira d'un acte réglant la transmission des patrimoines et des *sacra*, intéressant par suite l'ordre politique et l'ordre religieux, on va s'adresser à ces comices ; leur compétence est manifeste, leur intervention s'impose. Telle fut la raison d'être du testament *calatis comitiis*¹.

C'était la première forme du testament à Rome.

¹ *Caluta* (de *calare*, convoquer) était une épithète qui s'employait à l'origine pour désigner toute convocation de comices quelconques ; dans la suite, elle tomba en désuétude et ne fut plus usitée que dans certains cas déterminés, lorsque, par exemple, il s'agissait de la confection d'un testament ou d'une *sacrorum detestatio* (Aulu-Gelle, *Noct. att.*, XV, 27) ; dans ces circonstances, les souvenirs du passé étaient plus respectés, même dans le choix des dénominations, *religionis cujusdam et antiquitatis ratione*, dit Pothier (*Pand.*, L. 28, tit. I, sect. II, 1).

Elle s'explique aisément si l'on tient compte des idées dominantes et des rouages primitifs. Nous n'avons de cette époque aucun texte de loi; Pomponius, au Digeste, parle bien d'un recueil de lois royales qui se serait appelé le Papien, mais on n'en trouve plus aucune trace. On ne saurait cependant avoir aucun doute : Gaius (*Comm.*, II, 101) et après lui Justinien (*Instit.*, II, x, 1) disent en termes exprès qu'on usa à l'origine du testament *calatis comitiis*, ainsi que du testament *in procinctu*, dont nous parlerons plus loin.

Mais le jurisconsulte et l'empereur se contentent de rappeler rapidement ces formes disparues, dans le seul but d'obvier à une trop profonde ignorance, *ut nihil antiquitatis penitus ignoretur*¹; la concision et la généralité des termes qu'ils emploient ont laissé place à une vive controverse sur un des points les plus importants : on a soutenu que le rôle des curies s'était borné de tout temps à une approbation de pure forme; le peuple n'aurait eu qu'à écouter et à donner plus tard un simple témoignage. A l'appui de cette opinion, on a dit que, s'il en était autrement, le testament ne serait plus l'œuvre du *de cujus*, et que la transmission des biens résulterait de la volonté du peuple². — Lange, un des derniers défenseurs de la même doctrine, a fait remarquer que l'intervention active de l'autorité publique se comprenait pour l'*adrogatio* qui soumettait une des parties à la *patria potestas* et consommait ainsi une aliénation de liberté, mais qu'elle s'expliquait moins pour le testament qui était étranger à l'état des per-

¹ Justinien, *Instit.*, II, x, 1.

² Gluck, t. XXVII, p. 152. Voir Cuq, *Nouv. Revue historique*, 1886, X, 538.

sonnes et qui cômme la *confarreatio* exigeait des représentants officiels uniquement pour la solennité ou la preuve¹. — Enfin on se prévaut des expressions *testari*, *testamentum*, qui, indiquant une déclaration devant témoins, n'auraient pas de raison d'être si le peuple était appelé à voter.

Ces objections ne sont pas décisives. Et d'abord que le testament fût, non pas un acte unilatéral et libre du *de cuius*, mais un acte législatif des pouvoirs publics, c'est cela même que nous cherchons à établir; c'est dans ce but que nous avons rappelé des préoccupations d'ordre politique et religieux; elles nous semblent l'expression exacte des tendances primitives; il faut en tenir compte. Ajoutez que la propriété avait pour base non seulement l'occupation des conquérants, mais surtout la concession² faite par le roi, et qu'un droit supérieur de l'État paraissait planer sur les parts individuelles. — Il est vrai que le testament ne créait sur personne des droits de vie et de mort; mais cette différence ne saurait faire oublier ses rapports importants avec l'*adrogatio*, notamment les dévolutions de patrimoine et de *sacra* qui apparaissaient dans les deux hypothèses; elle est surtout impuissante à dénier les ressemblances qui rapprochèrent les formes des deux institutions, non seulement dans leur première apparence, mais encore d'une façon plus sensible dans leur déviation et leur décoloration successives; rien surtout n'est plus téméraire que de tirer une analogie de la *confarreatio* qui était particulièrement une cérémonie religieuse et comprenait un

¹ Lange, *Röm. Alterth.*, t. I, 136.

² Numa distribua les terres prises à l'ennemi aux chefs de famille qui l'avaient accompagné (Cicéron, *De répub.*, XI, 14).

sacrifice ¹ en l'honneur de Jupiter. — A notre avis enfin il faut retourner l'argument qu'on arrache aux mots *testari*, *testamentum*, et dire que ces termes ont eu dans les temps anciens une expression autre que celle qui a été attachée dans la suite par les Romains et par nous aujourd'hui à la notion du simple témoignage, une expression plus haute, plus forte, plus énergique. Il est impossible, en effet, et c'est là la considération décisive, il est impossible d'admettre que le peuple romain se soit dérangé dans le but unique de constater un fait. Les Romains ont la réputation d'être pratiques et réfléchis, et vous croyez qu'ils vont user d'un procédé aussi incommode pour atteindre un but auquel on peut parvenir de la manière la plus simple, par l'assistance d'un petit nombre de personnes. Sans doute on peut faire peu de cas des consciences humaines, et la confiance réciproque n'est pas le propre des populations primitives; si vous redoutez les captations, les parjures, les fausses déclarations, prenez des précautions, augmentez la quantité des témoignages, garantissez leur qualité; mais quelles que soient vos craintes et vos susceptibilités sur ces points, vous n'exigerez jamais la réunion de tout le peuple romain uniquement pour constater et affirmer ensuite la vérité, surtout si vous vous rappelez que nulle société ne poussa plus loin, par calcul ou loyauté, peu importe, la religion du serment ², le respect de la parole donnée, la rigoureuse et scrupuleuse exécution des promesses ou des traités. Pourquoi donc ces comices? Pourquoi cet appareil et ce déränge-

¹ Accarias, I, 120.

² Duruy, *Histoire des Romains*, I, 138.

ment? A ces époques primitives, la pure volonté humaine est impuissante à créer, éteindre ou modifier des droits; même connue et prouvée, elle est un élément trop immatériel et trop invisible pour engendrer ces dures obligations qui chargeaient de chaînes le débiteur malheureux ou perfide; et il faudra l'évolution juridique de plusieurs siècles avant que le consentement des parties suffise à transférer la propriété¹. On ne se contente pas d'imposer rigoureusement l'emploi de mots solennels; on ne se contente pas, dans ce besoin de manifestation extérieure et sensible, d'exiger des signes et des actions symboliques; il faut plus; il faut le concours de personnes étrangères, le plus souvent d'autorités civiles ou religieuses, pour donner efficacité complète à ces efforts individuels. Il semble bien que dans la *mancipatio* les cinq témoins représentent le peuple et que, grâce à eux, « on donnait le sceau de la garantie aux actes juridiques². » Cette intervention et cette protection du peuple étaient particulièrement utiles, indispensables même pour le testament : l'acte en lui-même était exorbitant et exceptionnel; sans parler des intérêts qu'il pouvait froisser, des résistances qu'il allait rencontrer, au point de vue du droit sa légitimité risquait de faire naître des doutes; il prolongeait la puissance de l'homme au delà de ses limites apparentes et dérogeait à la dévolution légale; pour que le testateur obtint une sûreté absolue de l'exécution ultérieure de sa volonté, il fallait l'approbation des comices, il fallait une loi; le peuple étant appelé à voter, il s'ensuit qu'il

¹ Code civil, art. 1138.

² Ihering, *Espr. du droit romain*, I, 131.

pouvait aussi bien manifester son opposition qu'accorder la confirmation. Et de fait, Mommsen rapporte que le consentement a été souvent refusé¹. Concluons donc avec M. Accarias : « Sur l'avis des pontifes, les curies rejetaient ou votaient les dispositions du *paterfamilias* qui, dans ce dernier cas, se transformaient en véritable loi. »

II.

Le testament était une loi; cette idée s'est conservée même dans le droit postérieur sous beaucoup de rapports. Plus tard, on adressera aux témoins testamentaires, comme au peuple assemblé pour faire des lois, une *rogatio*; l'acte du testateur est nommé *legare*, et ses dispositions doivent être conçues en termes impératifs; jusqu'au II^e siècle, il n'est pas permis de modifier la formule *heres esto*². Ce n'est pas tout, l'origine historique ne se trahit pas seulement dans un langage, des expressions et des apparences que conservent fidèlement les générations futures; le fond même de l'institution ressent le frottement et subit l'influence de la forme qui la pare : elle seule, en effet, permet de comprendre que le testament romain dès le début dépasse de beaucoup la force des actes privés; elle seule, de plus, explique certaines règles ou certains principes qui étaient indifférents, peut-être même contraires à la notion juridique.

Nous disons, d'une part, que le testament romain reçoit, dès son enfance, une vitalité et une énergie qui

¹ Mommsen, *Histoire romaine*, I, 207.

² D. I, § et 7, XXVIII, §; Gaius, II, 417.

le séparent des actes privés ordinaires; il revêt une autorité que l'on ne rencontre que dans les lois ou décrets du peuple. Trois observations en donneront la preuve :

1° Nous avons déjà annoncé que le formalisme des temps primitifs imposait aux actes juridiques un cortège de signes sensibles : formules, actes symboliques, concours de personnes; cette escorte variait suivant les cas : elle se formait soit de l'un, soit de l'autre de ces éléments, ou bien elle en groupait plusieurs suivant différentes proportions. Or, les mutations de propriété étaient particulièrement solennelles : il fallait que la main saisisse l'objet dans la *mancipatio* primitive des choses mobilières¹; peut-être une règle analogue s'imposait-elle aux choses immobilières²; cette appréhension était certainement nécessaire pour l'*in jure cessio*³. Le peuple, au contraire, est affranchi de cette condition lorsqu'il fait une acquisition ou donne une garantie; sa volonté est souveraine pour créer le rapport auquel il veut donner la vie; c'est ainsi que l'*addictio* et l'*assignatio* transféraient la propriété sans qu'il fût besoin d'aucune saisie extérieure; il en sera de même du testament qui apparaît comme une *lex*, et le légataire acquerra la propriété de la chose léguée *ipso jure*, sans appréhension de possession.

2° Les actes juridiques romains, comme du reste tout ce que la jurisprudence antique a produit, portent en eux le caractère d'une individualité fortement marquée:

¹ Gaius, I, 419, 421.

² On peut conjecturer qu'il fallait, comme dans la revendication, une motte de terre pour les représenter. Ihering, *op. cit.*, III, 254.

³ Gaius, II, 24.

ils sont d'abord limités quant au contenu qu'ils peuvent accueillir et deviennent inhabiles à recevoir toute autre chose ; on ne saurait, par le même procédé, établir un droit réel et une obligation ; bien plus, il semble même qu'à l'origine on ne pouvait pas cumuler des actes de formule dissemblable, par exemple amalgamer, dans une stipulation unique, des contrats d'espèce différente¹. Seul, le testament échappait à cette loi de simplicité dans les actes ; il comprenait à la fois les dispositions les plus diverses : institution d'héritier, legs, affranchissement, nomination de tuteur ; pourquoi ici le principe de la séparation est-il remplacé par celui de la concentration ? Rappelons que nous sommes en présence d'une *lex* : le peuple romain ne doit pas seulement être avisé des testaments ; il doit les discuter, il peut les rejeter ; pour juger en connaissance de cause, il a besoin de recevoir communication de l'ensemble des dispositions testamentaires ; ce n'est qu'à ce prix qu'il aura le moyen d'apprécier chacune d'elles ; agir autrement, ce serait mettre le peuple dans la position d'un juge obligé de statuer sur une clause isolée d'un contrat sans connaître l'instrument tout entier.

3° Ces actes romains primitifs ne sont pas seulement étroitement bornés à un objet unique ; ils résistent de plus à toute suspension de leurs effets ; leur force éclate

¹ En ce sens, Ihering, *op. cit.*, t. IV, p. 144. Le même auteur montre bien que tels ne sont pas les actes modernes : « Sommes de volontés sans formes, dit-il, IV, 172, soudées ensemble par le bon plaisir souverain des parties et auxquelles il faut tout l'art du juge pour les décomposer et en séparer les parties constituantes, les actes actuels ne sont pour la plupart que des mélanges confus des notions les plus diverses : ventes, louage, propriété, servitudes, hypothèques, renonciations, etc., s'y entrecroisent. »

sur-le-champ; il est impossible d'ajourner l'existence du droit¹. Il n'y a pas même d'exception pour l'obligation qui, grâce aux modalités du terme ou de la condition, est la forme exclusive dans laquelle le droit ancien permet aux relations juridiques de dépasser les moments présents; l'obligation naît instantanément, même lorsqu'un délai a reculé son accomplissement². Seul, le testament a pour domaine l'avenir, et, comme une loi, il dispose sur des rapports de droit futurs.

Nous disons, d'autre part, que certaines règles qui s'établissent de bonne heure et même certains principes qui dominent toute l'histoire du testament à Rome s'expliquent plus aisément par la connaissance de cette forme primitive; quelques-uns même ne se comprennent que par l'action de cet élément externe. Nous ferons à cet égard les remarques suivantes :

1° Les comices eussent été nuls s'ils avaient été interrompus; cette règle s'appliquait probablement aussi aux délibérations du sénat et des juges (Aulu-Gelle, XIV, 7, 9); il en résultait qu'on ne pouvait abandonner la confection d'un testament pour procéder à un autre acte. De là la nécessité de l'unité de contexte que l'on retrouve dans la suite en termes formels dans la législation de Théodose II (L. 24, Dig., liv. 28), et qui apparaît encore dans l'article 976 de notre Code civil. On comprend qu'à une époque où le législateur croyait nécessaire d'imposer la vigilance aux parties et à leurs juges, les discussions et les votes dussent être achevés sans entr'acte ni distraction; cette prescription s'ex-

¹ Le droit romain nouveau fit des progrès sur ce point. Voir Ihering, *Abhandlungen*, p. 309.

² D. L. 6, pr., *De verb. obligat.*, XLV, 4.

plique encore mieux lorsqu'il s'agit du testament dont la multiplicité des dispositions rend l'appréciation plus difficile et plus délicate. Si elle a été conservée dans les formes postérieures et avec les idées modernes, c'est par des motifs pratiques : le morcellement des divers actes de dernière volonté engendre la confusion et l'incertitude ; en obligeant le testateur à exprimer d'un seul trait toutes ses dispositions, on le contraint à être clair, à se rendre compte de l'action réciproque de toutes ses dispositions, à se représenter nettement tout le plan qu'il entend suivre pour régler sa succession.

2° Les citoyens étaient convoqués spécialement pour recevoir les testaments ; Théophile (sur le § 1, du titre x, liv. II des Inst.) le raconte en ces termes : *Præco universam circumibat civitatem conclamans, et totus populus congregabatur, et ita qui volebat, teste populo, testamentum faciebat*. Lorsque plus tard, à la suite d'une évolution dont nous étudierons les étapes successives, les garants des dispositions dernières dégénèrent en simples témoins, il fallut encore que ces muets spectateurs aient été appelés dans le but spécial et exprès de donner leur concours (L. 21 du Code, liv. VI, tit. xxiii)¹.

3° Ainsi réunis, les comices délibéraient avant de faire la loi ; ils avaient avant toute chose à se précoc-

¹ M. Accarias, tout en reconnaissant que son avis est peu répandu, croit qu'en dernier lieu des citoyens, se trouvant par hasard réunis chez le testateur, pouvaient valablement servir de témoins (L. 8, 1. C. *Qui testam. facere poss.*, VI, 22). Cela semble en effet naturel. Mais peu importe que le droit romain ait fini par l'admettre ; nous n'avons pas besoin de le discuter ; il nous suffit que la nécessité d'une convocation spéciale ait subsisté pendant une période qui sera toujours fort longue, qu'on en recule ou non la dernière limite. Voir Accarias, 4^e édit., I, p. 852, note 2.

cuper de l'état et de la condition de celui qui allait être gratifié; ils avaient besoin de le connaître pour savoir s'il méritait le privilège qu'on allait lui accorder; de là l'impossibilité de gratifier les personnes incertaines, c'est-à-dire celles dont on ne se faisait pas une idée nette lors de la confection du testament. Cette incapacité, absolue d'abord, subsiste encore à l'époque classique (Ulp., XXII, 4) : elle reçoit alors des tempéraments pour le *postumus suus* et pour les personnes morales; mais elle n'est abrogée d'une manière générale que par Justinien (Inst., § 27, *De leg.*, II, 20).

4° C'est en considération d'une personne déterminée que le peuple a permis une dérogation; or, les lois d'exception sont de stricte interprétation; le gratifié pourra accepter ou répudier la libéralité, mais il ne pourra pas changer la destination de l'hérédité et frustrer ceux que la loi appelle à son défaut; on lui accorde une faveur déjà grande, n'étendons pas son pouvoir; la cession qu'il consentirait à un tiers avant d'avoir fait adition serait donc nulle; et il en est encore ainsi au temps de Gaius (Gaius, II, 36; III, 76); tandis que l'héritier légitime externe, qui est le continuateur normal, est traité avec plus de bienveillance et opère dans la même espèce une aliénation valable. Pourquoi cette différence? Ne pouvons-nous pas la faire remonter à cette période primitive de l'ingérence législative, et expliquer ainsi la préférence que les Romains accordèrent ensuite aux dispositions testamentaires seules capables de fixer les *sacra* sur la tête d'une personne connue et sûre¹? M. Accarias (I, p. 129½, 4^e édit.),

¹ L'héritier testamentaire pouvait évidemment repousser les *sacra*

représente cette particularité comme l'expression interprétative de la volonté du testateur. L'esprit serait plus satisfait d'une explication plus profonde; nous dirons : c'est parce que cette règle juridique¹ existait que les Romains ont aimé le testament; et non : c'est pour aimer le testament que les Romains ont consacré cette règle interprétative.

5° Le peuple ne se préoccupait pas seulement de la personne qui allait recevoir la libéralité; il examinait la situation du testateur, de sa famille; il devait, nous l'avons déjà fait remarquer, connaître l'ensemble des dispositions. Or, comment forcer le testateur à dévoiler la totalité de ses volontés dernières. Ne pouvait-il pas révéler seulement celles qui avaient besoin d'être sanctionnées par le vote populaire, comptant voir appliquer aux autres les lois de la succession *ab intestat*. C'est pour l'empêcher d'user de pareilles réticences qu'on a imaginé la règle si connue : *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*. Nous présentons donc comme un complément indispensable de l'ancien testament *calatis comitiis* ce principe qui persiste le long de l'histoire romaine et qui paraît souvent inexplicable : il permet de déjouer une fraude, celle qui résulterait d'un silence calculé; sans l'obligation de n'avoir qu'une sorte d'héritier, tout testateur aurait pu tromper les comices et surprendre leur adhésion à des dispositions isolées, qu'ils n'auraient jamais approuvées s'ils avaient eu connaissance de la destination totale de la succession.

en répudiant l'hérédité; mais il hésitait à le faire, à moins que le défunt ne fût insolvable.

¹ Juridique, en ce sens qu'elle s'appuyait sur ce principe que les exceptions sont de stricte interprétation.

6° Une autre fraude était encore à prévenir : tel qui cherchait à déshériter un de ses fils, mais qui n'osait déclarer sa volonté au peuple de crainte de la voir écarter et de faire par suite annuler tout son testament, aurait peut-être pu concevoir l'idée de dissimuler l'existence de ce fils; si dans ce cas l'assemblée avait ratifié le projet, sa bonne foi aurait été évidemment surprise. Expliquons ainsi la nécessité pour le testateur d'instituer ou d'exhérer expressément ses héritiers siens; s'il ne les nomme pas, s'il cache l'éventualité de leurs droits, sa supercherie retournera contre lui-même, et son testament sera, suivant les cas, nul en tout ou en partie (droit d'accroissement des filles et des fils); le fait de surprendre ainsi l'adhésion populaire aura les mêmes conséquences que dans la suite le fait de surprendre des rescrits impériaux (L. 2. Cod., *Si contra jur.*, I, 22).

La plupart de ces règles ou principes survécurent donc longtemps, plus robustes et plus vivaces que l'élément qui leur avait servi d'appui ou leur avait donné naissance. On les avait acceptés à cause du patronage qui les recommandait, à cause de la logique qui les imposait; et lorsque le patronage est discrédité, lorsque cette logique manque de base, on les conserve sans se demander s'ils doivent s'en aller et disparaître avec leur soutien ou leur auteur, on les conserve par habitude, par respect de la tradition, par prudence et modération.

III.

Nous laissons entrevoir des innovations pour l'avenir; nous en dégagerons les causes en observant le fonction-

nement de ce procédé primitif des comices : créé pour d'autres besoins, appliqué au testament par suite de considérations politiques et religieuses, il ne doit pas, semble-t-il *à priori*, se plier à toutes les exigences de sa nouvelle destination logique peut-être, mais certainement accidentelle. Et de fait ce mécanisme, trop étroit et trop solennel pour le service qu'on lui confiait, imposait des restrictions et des limites que les premiers Romains pouvaient moins sentir, et par suite tolérer, parfois même approuver, mais que le progrès des mœurs et l'évolution juridique devaient bientôt mettre en évidence et dès lors condamner au discrédit.

1° La loi votée par le peuple établissait un droit irrévocable. Que la conduite ou la mort du gratifié, que des circonstances étrangères ou la survenance de nouvelles amours viennent modifier les intentions du testateur, celui-ci ne pourra pas facilement anéantir des dispositions qu'une ancienne bienveillance lui a conseillées jadis et que son esprit actuel désavoue maintenant. *Quæ jure contrahuntur, contrario jure pereunt*; une loi seule pouvait défaire ce qu'une loi avait fait. Il est aisé de voir à quel degré était ainsi réduite cette faculté de rétractation : non seulement les comices se réunissaient rarement à cet effet, mais encore ils pouvaient ne pas éprouver un égal désir de renverser ce qui était devenu leur ouvrage. En tous cas on était encore bien loin de la conception moderne, qui considère le testateur comme maître de cette portion d'avenir pendant laquelle il vit encore et fait ainsi du testament un acte incertain et flottant jusqu'au moment du décès du *de cujus*.

2° Sur un autre point encore les idées anciennes

différait des nôtres. Nulle part la publicité ne nous paraît plus mal employée et plus gênante que dans les testaments, et l'on avait de bons motifs à Rome à l'époque postérieure pour penser de même¹. Mais la forme primitive empêchait le secret et portait nécessairement la volonté du *de cujus* à la connaissance de tous. Il y avait toutefois un correctif à cet inconvénient : les curies avaient approuvé la disposition ; les parents ou amis dont les prétentions et les espérances étaient déçues pouvaient être irrités contre le testateur, mais ils devaient aussi s'en prendre au peuple, et celui-ci était assez haut placé pour braver leur colère et couvrir son complice.

3° Pour tester devant les curies, il fallait évidemment y avoir entrée ; étaient par suite incapables les pérégrins, les femmes, les impubères, les sourds et muets. Les pérégrins d'abord ou plutôt les *non cives romani* ; le *jus civitatis* est indispensable et les *Latini Veteres* eux-mêmes sont exclus parce qu'ils n'ont que le *jus commercii* ; nous ne nous étonnerons pas de cette rigueur extrême : tout étranger est un ennemi pour ces conquérants ambitieux ; ils ne le reconnaissent que lorsqu'ils l'ont vaincu. Les femmes sont aussi privées du même droit ; mais cela ne répugnait pas aux Romains qui avaient soumis la faiblesse du sexe à la domination de la *manus* et à la surveillance de la tutelle ; cet abus de la force qui s'était introduit avec des apparences licites, à l'abri de notre forme primitive, profita, après son origine honnête, des tendances qui l'excusaient ; et, lorsque le pouvoir de tester découla dans la suite du seul *jus commercii*, les femmes *sui juris*, qui avaient des

¹ Ihering, II, p. 13, *op. cit.*

agnats, furent encore incapables; et cela dura jusqu'au règne d'Adrien¹. L'exclusion des impubères était plus fondée, et la législation libérale de nos temps modernes ne les a guère plus émancipés en droit privé² qu'en droit public. Quant aux sourds et aux muets ou tout au moins aux sourds-muets, leur infortune risquait peu de toucher leurs concitoyens plus heureux, à une époque où le droit, ordre impératif et dur, ne s'était pas encore humanisé sous l'action de la raison et de la philosophie.

4° Les plébéiens n'étaient pas exclus des comices par curies; ils pouvaient y faire leur testament³; nous en trouvons la preuve dans un argument d'analogie tiré d'une institution voisine empreinte du même caractère et soumise aux mêmes règles, l'*adrogatio* : parmi les quelques exemples qu'on en pourrait citer, on en montrerait précisément où l'adrogeant a été plébéien, notamment l'adrogation de Clodius. Mais il est certain que, soit par le mécanisme du vote, soit par suite des traditions de clientèle, l'influence patricienne était prépondérante. En fait donc, les plébéiens durent répugner à user d'un procédé qui dénotait un lien de vassalité; ils l'abandonnèrent même complètement le jour où, la lutte des classes ayant commencé, ceux qui devaient être leurs juges étaient déjà leurs ennemis.

5° Les comices ne se réunissaient que deux fois par

¹ Gaius, I, 115.

² Ce n'est qu'à partir de seize ans qu'un mineur peut tester jusqu'à concurrence de la moitié des biens dont dispose un majeur (art. 904, Cod. civ.).

³ Mommsen, *Histoire romaine*, II, 343.

an pour la confection des testaments. Ni le Digeste ni les Institutes ne le mentionnent; Théophile l'avait annoncé dans sa paraphrase sur le § 1, II, x, des Institutes; mais son affirmation avait été mise en doute par Heinnécus et plusieurs autres; la découverte du manuscrit de Gaius est venue trancher la controverse (II, 401). On n'avait pas jugé utile de convoquer plus souvent les comices pour un acte dont la réalisation était à l'origine peu fréquente¹. S'il en eût été autrement, si le testament se fût appliqué souvent, Tite-Live ne raconterait pas dans son premier livre, comme des faits extraordinaires et dignes de remarque, que Procas, roi des Albains, légua à son fils aîné Numitor le royaume de Sylvius², et qu'Ancus Martius nomma Tarquin l'Ancien tuteur de ses fils³. Peu à peu l'exemple que donnaient les plus grands personnages se développa, les patriciens imitèrent leurs chefs; l'usage s'étant répandu, vulgarisé, deux réunions annuelles étaient insuffisantes.

IV.

Cet appareil imparfait devait donc céder la place à d'autres mieux adaptés. Mais auparavant il se prêta, sans modifier sa configuration même, à une transformation importante du droit de tester.

On soutient très-généralement que la loi des XII Tables consacra en termes catégoriques la liberté absolue du père de famille de disposer par testament;

¹ Cuq, *Nouv. Rev. hist.*, t. X, 1886, p. 553.

² Tite-Live, liv. I, ch. 3.

³ Tite-Live, liv. I, ch. 34.

dans ce cas, le testament *calatis comitiis* se serait prêté complaisamment au renversement radical de l'ancien principe qui l'avait créé.

A l'appui de cette opinion, on peut faire valoir que les tendances, le tempérament et les nécessités, qui avaient déterminé les Romains à concevoir et à forger la famille avec un caractère politique et une tradition religieuse, travaillaient avec une égale énergie à donner au chef de cette agrégation les pouvoirs les plus étendus : le *paterfamilias* représentait dans son domaine ce principe d'autorité qu'on croyait l'essence et la garantie de l'État ; de plus, il était le ministre désigné du culte domestique ; ajoutez la rudesse des mœurs primitives, l'empire de la force physique, le sommeil de l'idée de droit, et vous comprendrez la robuste et brutale organisation de la *patria potestas* et de la *manus*. Le *paterfamilias* est tout-puissant ; il exerce une direction absolue sur ses fils, sur sa femme ; seul il possède un patrimoine : avec de tels principes, la propriété individuelle se présente comme un corollaire naturel ; l'idée de concession ou de domaine éminent s'affaiblit, et, si elle ne disparaît pas, se réduit tout au moins à l'état d'une vague théorie çà et là invoquée ; la liberté de tester va être revendiquée. L'État aurait pu résister à cette dernière prétention, et l'antagonisme qui dure encore de nos jours entre la dévolution ordonnée par la loi et la dévolution réglée par l'homme aurait pu éclater ; on aurait compris en tout cas qu'il s'établît entre ces deux tendances opposées une transaction sous la forme d'une *querela inofficiosi testamenti* comme cela eut lieu plus tard, sous la forme d'une réserve comme cela se pratique de nos jours. Si dès le début de cette

rivalité, le principe de liberté absolue du père de famille l'emporte, c'est peut-être à cause du goût des peuples primitifs pour les situations nettes, les actes simples; dans cette lutte où les appuis des droits de l'État étaient en même temps les alliés du camp adverse, le père de famille devait triompher; à cette époque le vainqueur était impitoyable, le vaincu fut accablé; le testateur imposa sa volonté sans limites, l'intervention des comices curiates dégénéra en simple formalité. — Sans doute ce résultat fut insensiblement obtenu; il est vraisemblable que, le rôle des curies se bornant aux questions d'ordre politique ou religieux, leur veto ne s'exerça en fait que dans des circonstances exceptionnelles, et que la plupart des dispositions testamentaires furent acceptées sans difficulté, sans contestation, presque sans examen. Au surplus leurs réunions étaient rares; dès lors avec l'augmentation des testaments, l'accroissement des fortunes, la complexité des affaires, les assemblées eurent de moins en moins le temps de se livrer à un contrôle sérieux. Bientôt les patriciens, attaqués par la plèbe, se rapprochèrent et s'unirent, oubliant leurs dissensions particulières pour résister à l'ennemi commun; ils voulurent éviter de donner le spectacle de divisions intestines, présomption d'affaiblissement qui devient une cause de discrédit; et ce que l'un d'eux proposa pour son testament tendit de plus en plus à être agréé par les autres, c'est-à-dire à être accepté par les curies. En même temps les plébéiens, qui auraient peut-être rencontré moins de complaisance, s'éloignaient de ces comices; aussi bien leurs fortunes avaient toujours été trop modestes pour que leur dévolution créât jamais un danger, rencontrât par suite une

résistance. C'est ainsi que l'omnipotence du *paterfamilias* s'établit progressivement en fait; la loi des XII Tables ne fit qu'affirmer officiellement ce qui était déjà une pratique. — Enfin les termes de cette loi ne laissent guère de doute : *Uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto*. Ulpien (*Regul.*, XI, 14), Gaius (C. II, 224), Cicéron (*De invent. rhet.*, II, 50), rapportent un texte également énergique, avec des différences indifférentes à notre point de vue sur les mots *pecunia* ou *tutela*.

Nous éprouvons quelque hésitation à admettre que, trois siècles à peine après la fondation de Rome, la pleine liberté du testateur ait été ainsi législativement proclamée. Cette opinion est cependant si généralement admise en France que nous mettrons une grande réserve à l'attaquer. Nous croyons parfaitement que l'organisation de la famille romaine donnait une première impulsion à cette omnipotence du *paterfamilias*; que la forme même du testament et certains événements politiques aient favorisé cette marche lente et progressive vers l'effacement du rôle des curies, nous l'admettons aussi. Mais ce qui nous semble extraordinaire, c'est que cette nouvelle situation, possible, vraisemblable en fait, ait été affirmée en droit catégoriquement, sans restriction. Eh quoi! nous sommes à cette époque primitive où l'élaboration du droit est longue et pénible; nous sommes chez un peuple qui respecte toujours ses vieilles coutumes et ne renverse jamais ses idoles juridiques de la veille; n'est-ce pas méconnaître son génie et son tempérament, n'est-ce pas oublier la période d'enfance au milieu de laquelle il chancelle encore, que d'accepter sans étonnement l'affirmation par la loi d'une transfor-

mation si radicale de l'ancien principe? Les Romains ne procèdent jamais ainsi : ils corrigent, ils améliorent, ils ne détruisent pas pour bâtir à nouveau ; lorsque plus tard, ils seront amenés par suite d'un subterfuge dont nous montrerons la nécessité et en même temps la légitimité, à reconnaître ce droit du père, de famille, ils seront effrayés de le voir s'introduire sans limites et ne tarderont pas à imaginer un correctif puissant, la *querela inofficiosi testamenti*. Au surplus, on n'a jamais accordé à la loi des XII Tables un tel caractère innovateur et révolutionnaire. « Les plébéiens, dit M. Ortolan¹, n'avaient réclamé la rédaction et la promulgation de lois positives que pour obtenir deux choses : la publicité et l'égalité du droit ; » cette égalité même n'avait pas été obtenue complètement, puisque le mariage était encore interdit entre patriciens et plébéiens² ; le testament seul aurait été l'objet d'un souci particulier, d'une rénovation extraordinaire ! Qu'on ne parle pas de l'influence étrangère, notamment des souvenirs qu'une législation romaine aurait apportés de Grèce ; la réalité même de ce voyage a été contestée depuis *Vico* par la critique historique ; au surplus, en comparant les textes, on ne pourrait soutenir qu'une imitation pour quelques détails minimes³. »

M. Cuq, dans ses « *Recherches historiques sur le Testament per æs et libram* », a déjà cherché à réduire la portée de la loi des XII Tables. Il établit d'abord que le texte exact est celui que nous avons indiqué « *super*

¹ Ortolan, *Hist. du droit romain*, p. 97.

² La loi *Canuleia* fut rendue quelques années plus tard.

³ Gide, *Condition de la femme*, p. 97.

⁴ Voir *Nouv. Rev. hist.*, 1886, X, p. 340.

pecunia tutelave suæ rei; » puis il se demande quel est le sens précis dans cette loi de l'expression *pecunia*; elle n'exprime pas, d'après lui, la même idée que le mot *familia* : « Lorsque les décevirs veulent indiquer la « vocation de l'agnat le plus proche ou celle des gen- « tils, ils disent : *familiam habeto*; lorsqu'ils veulent « marquer l'étendue des pouvoirs des tuteurs ou bien « du curateur d'un fou, ils emploient le mot *pecunia*. « Qu'est-ce à dire? S'il est vrai que le droit des agnats « et des gentils soit fondé sur une propriété qui aurait, « dans l'origine, appartenu collectivement à la *gens*, on « sera porté à croire que le mot *pecunia* désigne la par- « tie du patrimoine qui est en dehors des biens gentili- « ces¹. » Dès lors le pouvoir de disposition du testateur se serait borné à une faible portion du patrimoine; la dévolution des *sacra* et de l'*heredium*² ou bien de famille aurait toujours dû être soumise aux curies, à leur approbation, plus ou moins sérieuse en fait, peu importe. L'innovation de la loi des XII Tables se trouverait ainsi considérablement réduite.

Faut-il aller plus loin et dire que la loi des XII Tables a consacré non pas une réforme radicale mais purement et simplement l'ancien état de choses. Nous avons indiqué les considérations générales qui nous font incliner vers cette interprétation. Au surplus, il nous semble extraordinaire, presque contradictoire, qu'à une époque où le mariage était alors interdit entre membres d'un ordre différent, un patricien ait eu la faculté de léguer sa fortune et son culte à un plébéien, de choisir

¹ Kurtze, *Exc. üb. röm. Recht.*, 441, 462.

² Le *heredium* est ainsi appelé, dit Varron (*De re rust.*, I, 10, *quod heredem sequeretur*).

pour héritier celle qu'il ne pouvait prendre pour femme, celui qu'il ne pouvait avoir pour gendre. Enfin, et c'est un argument d'une certaine valeur, il est facile de concilier la loi des XII Tables avec le droit pour les curies de donner leur approbation ou d'imposer leur veto; n'est-il pas permis de soutenir que le texte précité règle uniquement les effets du testament et ne s'occupe en aucune façon des conditions de sa validité¹? il donne force de loi aux volontés de celui qui n'est plus, et le caractère exceptionnel de l'acte suffit à montrer que ce n'était pas inutile à dire; mais il n'exprime nullement que cette autorité et cette efficacité dans l'avenir soient indépendantes du consentement des curies; le mot *legare* ne peut-il pas, ne semble-t-il pas s'appliquer uniquement à des dispositions approuvées et sanctionnées par un pouvoir législatif?

Un mot encore sur la décadence de notre forme primitive. Un peu plus d'un siècle avant la loi des XII Tables, *Servius Tullius*² avait établi une nouvelle division du peuple romain, dans laquelle la souveraineté n'appartenait plus à la noblesse de naissance mais à la fortune et à l'âge, et à ces comices appelés *centuriates* il avait confié l'élection des magistrats et même, si l'on croit *Denys d'Halicarnasse* (IV, 20), le pouvoir législatif. Leur compétence s'étendit-elle au testament? Sans doute le mot *calatis* que les textes ajoutent à *comitiis* est un terme général, susceptible de s'appliquer à tous les comices, qu'ils soient par curies ou par centuries. Mais, à part l'apparence vague et indéterminée

¹ Voir en ce sens une note de M. Accarias, I, 848.

² En l'an 176 de Rome.

de cette expression, rien n'autorise cette extension d'attributions. On peut penser que l'aristocratique organisation du testament eût été régénérée par sa comparution devant une assemblée plus accessible à tous; cette transfusion aurait peut-être légèrement retardé son discredit; quelque bienfaisante qu'elle apparaisse, on ne saurait cependant l'admettre sans texte. Les Romains ne dotèrent que progressivement les nouveaux comices, qui s'enrichissaient seulement des dépouilles de leurs aînés et qui avaient surtout un but militaire : ce fut assez dès le début de leur laisser le choix de certains magistrats; Cicéron¹ prétend même que la première proposition votée par eux date de la République et du consulat de *Valerius Publicola*; de plus toute loi centuriate dut, jusqu'en l'an 416, être ratifiée par une loi curiate²; or, à cette époque le testament commençait en fait à être accepté sans examen par le peuple; le contrôle, déjà pure formalité devant les curies, eût été aussi bien pure formalité devant les curies; et par suite obliger le testateur à défilér d'abord devant les centuries pour venir ensuite devant les curies, c'était le condamner à un voyage qui ne pouvait satisfaire personne et qui eût été aussi inutile que gênant. Dira-t-on que ces assemblées, dont la création réalisait un progrès et qu'encourageait par suite la faveur populaire, acquièrent, avec l'extension lente mais incessante de leur compétence, la connaissance des testaments? A quoi bon? Nous sommes alors au moins au v^e siècle; déjà de nouveaux procédés ont été imaginés pour tester, une con-

¹ Cicéron, *De rep.*, II, 31.

² Titc-Live, VI, 42.

ception différente du droit lui-même en est surgie; le cachet politique et religieux qui seul aurait pu demander ou expliquer l'intervention des comices par centuries s'affaiblit et disparaît; seules les vieilles familles patriciennes, attachées à un passé qui rappelle leur ancienne grandeur, défendent les traditions comme un souvenir et une part de leur puissance, et conservent les vieilles idées, les vieux usages. — Quoi qu'il en soit, les comices par curies, dépouillés peu à peu de leurs prérogatives principales, ne se réunirent bientôt plus que pour des fonctions qui leur avaient été à l'origine accessoirement confiées, pour l'*adrogatio*, pour le testament; c'étaient en fait de simples témoins, des spectateurs complaisants. Leur autorité devient illusoire, elle perd sa raison d'être; l'évolution continue, leur décadence s'accélère; nous verrons dans notre chapitre II par suite de quelles influences. Au temps de Cicéron leurs attributions sont confiées à trente licteurs réunis sous la présidence du magistrat; c'est la dernière lueur d'une institution qui s'éteint, entretenue et défendue par la légion conservatrice des patriciens¹, vaincue et peu à peu détruite par les forces progressives de la plèbe. Ce que l'on continuait d'appeler comices par curies n'était plus qu'une vaine simulation du temps passé, *ad speciem atque ad usurpationem vetustatis adumbrata comitia* (Cic. cont. Rull., II, 12). Lorsque Suétone (Oct. Aug., 65) et Tacite (*Hist.*, I, 15) parlent encore de *lex curiata*, ce n'est plus qu'un mot, mais ce mot peut seul expliquer des expressions longtemps

¹ Les patriciens s'y attachaient d'autant plus que les actes dans lesquels intervenaient les curies avaient un caractère religieux.

encore en usage, des règles longtemps encore en vigueur.

V.

A côté de cette forme originelle de tester, signalons-en une autre qui a eu une existence parallèle, et qui a été, du reste, fabriquée à son image; signalons-la rapidement, parce qu'elle n'offre qu'un faible intérêt juridique : les conséquences qu'a pu produire cette copie se confondent à peu près avec celles qu'a imposées son original. Remarquons, dès à présent, que les Romains, nation belliqueuse et toujours en guerre, accordèrent naturellement aux militaires des compensations et des satisfactions. Les armées devaient souvent se trouver loin de Rome aux époques fixées pour la confection des testaments devant les assemblées curiates du forum : on ne pouvait donner des congés, fatalement en nombre considérable, à ceux qui étaient chargés de la défense de la patrie en danger; on ne pouvait imposer un retard, une remise en des temps meilleurs, à ceux qui étaient particulièrement exposés à la mort. Voilà pourquoi on leur permet de tester à toute époque *in procinctu* : les curies étaient remplacées par l'armée équipée allant au combat. N'était-ce pas à peu près la même chose? Les patriciens avaient, à l'origine du moins, une autorité prépondérante, et, d'autre part, des cérémonies religieuses étaient également exigées¹; il est vraisemblable enfin que l'assentiment de l'armée était nécessaire au début.

¹ On commençait par certaines cérémonies religieuses dont parle Cicéron (*De nat. decorum*, liv. II, ch. 3).

Mais il est naturel que cette approbation ait été, en fait, acquise d'avance bien plus tôt qu'au *forum* et devant les curies : ce n'est pas au moment de se battre, à la veille de mourir, qu'on songe à commettre une injustice, à satisfaire des rancunes, à troubler l'ordre public ou religieux, à tromper les dieux ou ses concitoyens; et de plus la fraternité militaire, cette camaraderie dont la communauté de dangers a toujours resserré les liens, ne faisait-elle pas agréer sans discussion toutes les volontés d'un compagnon d'armes? Si le testament *in procinctu* a exercé quelque influence sur son modèle, c'est en ce sens qu'il a habitué les esprits à la liberté du *paterfamilias* militaire, et a ainsi accéléré chez les *pagani* la pratique de ce droit; c'est aussi en ce sens que, restreignant de plus en plus, faute de temps ou de zèle religieux, les cérémonies du culte, il a préparé la sécularisation du testament. C'est ainsi que, l'ayant affranchi de la tutelle politique et religieuse, il peut paraître avoir contribué dans une certaine mesure à le faire accepter comme institution de droit privé.

Les centuries ont été créées; elles constituent surtout une organisation militaire; elles établissent l'ordre dans lequel on marche au combat; tester *in procinctu*, c'est tester, en définitive, devant les centuries. C'est ce qui aurait pu permettre à Niebuhr d'appeler loi centuriate le testament *in procinctu*; mais ce serait aller trop loin que d'en conclure, comme l'a fait cet historien¹, que le plébéien *paganus* ait dès lors usé des comices centuriates pour exprimer ses volontés der-

¹ Niebuhr, *Hist. romaine*, II, 243.

nières ; nous avons combattu cette doctrine, nous réservons le privilège d'éviter les curies au militaire plébéen ou patricien. Nous nous refusons enfin à croire, toujours malgré Niebuhr, que le testament *in procinctu* date seulement de la réforme de Servius Tullius : aucun texte ne pousse à lui donner cette origine tardive ; tout au contraire, Gaius et après lui Justinien, reportent à une même époque primitive l'apparition de ces deux procédés en les présentant au même rang comme les deux formes originelles de tester : *Testamentorum genera initio duo fuerunt, nam aut calatis comitiis... aut in procinctu...* (Gaius, II, 101).

Nés à une même époque avec une grande ressemblance et d'égales recommandations, ils eurent la même destinée : lorsque plus tard les comices par curies ne furent plus qu'un symbole, et que trente licteurs à Rome remplacèrent l'assemblée populaire, on écarta au camp la nécessité de déranger toute une armée, et l'on se contenta d'une *nuncupatio* devant trois ou quatre compagnons d'armes, ainsi que nous l'apprend Plutarque dans sa vie de Coriolan. Réduits ainsi à une formalité analogue, condamnés à une même infortune ou à une même simplicité, ils disparurent plus tard tous les deux sous l'action des mêmes causes, laissant l'un et l'autre la trace de leur grandeur et le germe de certaines règles.

CHAPITRE II.

LE TESTAMENT DEVIENT UNE INSTITUTION D'ORDRE PRIVÉ.



SECTION I.

De la *familiae mancipatio*.

I.

Le testament *calatis comitiis* présentait deux grands vices particulièrement apparents, parce qu'à la différence de ceux que nous avons signalés en même temps, ils ne touchaient pas à la notion même de l'acte : il ne pouvait être fait qu'à deux époques annuelles, et il était devenu le monopole des patriciens. Le premier de ces inconvénients gênait tout le monde, le second froissait les seuls plébéiens; son joug n'en était que plus pénible. — Les anciennes formes convenaient à une époque où les testaments étaient rares dans la pratique. Lorsqu'on arriva en fait à disposer à son gré de tous ses biens, l'usage de cette faculté en fit sentir le prix et rechercher l'exercice; les Romains furent de plus en plus portés à se servir de la succession testamentaire parce que seule elle leur donnait à peu près la certitude de faire passer à l'homme de leur choix leur patrimoine

et leur culte, la cession était en effet, nous l'avons vu, interdite dans ce cas; cette préférence se justifiait d'autant mieux que la succession *ab intestat* était dévolue d'après les règles d'une organisation sociale déjà battue en brèche. Nous sommes au ^v^e siècle : les relations commerciales commencent à s'étendre; Rome entre en rapport avec la Campanie et la Grande-Grèce; elle fonde des colonies à Antium, Terracine, Minturnes¹; la navigation se développe; les citoyens affrètent des navires et vont d'un port à l'autre vendre la cargaison². Le *paterfamilias* songeait alors à régler sa succession durant ces longues expéditions, alors qu'il était éloigné de Rome : une mort subite pouvant le frapper dans son voyage sur terre ou sur mer, dans une attaque de brigands ou dans un naufrage. Les anciens procédés étaient insuffisants. — D'autre part, les plébéiens en s'unissant aux patriciens pour chasser les rois ont essayé leurs forces; ils ont depuis longtemps déjà entrepris contre leurs anciens alliés et puissants protecteurs une lutte incessante pour revendiquer et arracher successivement leur part dans les honneurs, les dignités, les privilèges. Ils ont obtenu des tribuns chargés de les protéger contre les actes de violence ou d'injustice; ils ont peu à peu conquis les diverses magistratures; encouragés par ces premiers succès, ils ont réclamé avec plus d'énergie encore la publicité et l'égalité du droit : la loi des XII Tables leur a donné une certaine satisfaction; ce n'est pas assez; une proclamation de principes ne suffit pas, il faut que les procédés et les pratiques juridiques affirment l'émancipation.

¹ Marquardt, *Röm. Staatsverwaltung*, I, 30.

² Plaute, *Ménæchm.*, Prol. 24.

En même temps que les défauts de l'ancienne législation devenaient plus odieux, les considérations ou les scrupules qui auraient pu lui assurer un dernier respect, une prolongation d'existence, paraissent s'affaiblir et s'éteindre; les caractères primitifs s'effacent : les préoccupations politiques se modifient à mesure que la constitution change, que la royauté disparaît, que l'aristocratie est abaissée; le *paterfamilias* s'affirme comme chef et comme propriétaire en face de l'État; ajoutez que les exigences de la religion commencent à être écartées; l'accès des plébéiens aux fonctions de pontifes et d'augures a dévoilé les mystères et enlevé aux cérémonies, avec une part de leurs secrets, une part de leur empire. C'est alors que s'en vont, en même temps que leurs causes, les restrictions résultant du principe de la conservation des biens dans les familles : les *gentes* sont en décadence¹, l'interdiction des prodiges change de caractère², la tutelle des femmes va s'adoucir et devenir même illusoire au temps de Cicéron. Ne pouvons-nous pas dire que le testament, dont la forme *in procinctu* a préparé l'affranchissement et la sécularisation, tend à s'échapper du domaine politique et religieux?

En présence, d'une part, d'inconvénients de plus en plus apparents, en présence, d'autre part, d'entraves de plus en plus affaiblies, on se mit à la recherche d'un nouveau procédé. On aurait pu évidemment pour

¹ Bloch, *Les origines du Sénat romain*, 266.

² On pourvoit d'un curateur non plus seulement celui qui aliène sans mesure, au préjudice de ses enfants, les biens qu'il a recueillis *ab intestat* de ses ascendants paternels, mais aussi celui qui dissipe follement ses biens, quelle qu'en soit la provenance, alors même qu'il n'aurait pas d'enfants. Cuq., *Nouv. Rev. hist.*, 1886, X, p. 541.

satisfaire de nouveaux besoins et exprimer une conception différente, détruire le passé qui avait cessé de plaire et organiser pour l'avenir une pratique neuve et appropriée : ces transformations radicales sont contraires, répétons-le, à l'esprit des Romains; elles ne sont même guère possibles dans le domaine du droit : on n'attaque pas de front, audacieusement, une organisation que recommandent son âge, les traditions, l'appui des puissants; à moins de ces grandes commotions, de ces mouvements révolutionnaires que l'on rencontre dans certains pays et dont la violence ne crée qu'une œuvre éphémère, on cherche le plus souvent, dès qu'on éprouve une gênante exigence, à tourner la difficulté, on use de stratagème, on rassemble dans le voisinage des armes et des secours; ce n'est que plus tard lorsqu'on aura discrédité, miné par des ouvrages parallèles et des institutions rivales qu'on donnera l'assaut et qu'on renversera tout ou partie de l'institution. — On alla donc fouiller dans l'arsenal des instruments que les particuliers avaient à leur disposition pour les relations juridiques : le testament, produisant ses effets au décès du *de cuius*, est de son essence l'acte de disposition d'un mort; or, le droit primitif, dans sa lente élaboration, n'avait encore, songeant aux plus pressants besoins, dégagé, revêtu d'une forme et d'une sanction, que des actes de disposition des vivants. On imagina alors un expédient; le *paterfamilias*, exerçant ses simples droits de propriétaire, prit la précaution de céder immédiatement ses biens à un intermédiaire qui assurerait l'exécution des volontés de son ayant-cause en lui survivant. Pour ce transfert actuel de propriété, on usa naturellement de la *municipatio*, de la

célèbre formalité *per æs et libram* qui, dans la pénurie ou plutôt l'économie des formes primitives, apparaissait avec les emplois les plus divers, aussi bien pour les aliénations de notre espèce que pour les servitudes rustiques, la *manus* (*coemptio*) et le *mancipium*. Le testament était remplacé par une vente.

Le testateur s'appela *mancipans*, l'acquéreur *familiæ emptor*; avec eux figuraient *le libripens* avec sa balance et les cinq témoins qui représentaient les cinq classes du peuple¹ et rappelaient la règle primitive que la propriété n'est régulièrement transmise qu'avec l'autorisation de l'État. Le cérémonial est simple : ce n'est pas celui que rapporte Gaius en détail (II, 104); le récit du célèbre commentateur vise une époque postérieure; il nous en avertit lui-même au § 103 : *sane nunc aliter ordinatur atque olim solebat*; plus tard ce sera une *mancipatio imaginaria* (Ulpien, *Reg.*, XX, 2); pour le moment c'est une vente véritable. Le *familiæ emptor* affirme par des *certa verba* l'existence actuelle en sa personne du droit qu'il prétend acquérir, à savoir la propriété des biens en question; est-il besoin qu'il touche ces objets? Nous ne le croyons pas, cette condition qui a pu être exigée à l'époque primitive même pour les immeubles est déjà, au moins pour ces derniers², tombée en désuétude. En même temps, il jette un morceau de cuivre dans l'un des plateaux; c'est le souvenir d'un temps où les Romains pesaient leurs monnaies au lieu de les compter³; depuis des siècles déjà, depuis l'introduction des pièces frappées, on aurait pu supprimer

¹ Aulu-Gelle les appelle les *classici testes* (I, xv, 27).

² Gaius, I, 121.

³ Gaius, I, 122.

la balance et son emploi simulé; la forme ancienne est restée comme un résidu du passé; dans notre espèce, c'est d'autant plus un acte apparent qu'il n'y a pas de prix et que l'opération est gratuite. Le *mancipans* ne prononce aucune parole à moins de pacte accessoire; son silence vaut adhésion à l'affirmation de l'acquéreur.

Le *familiæ emptor* obtient les biens, non pour les garder et en faire son profit, mais pour en distribuer la valeur aux personnes désignées par le défunt; Gaius le dit deux fois aux §§ 102 et 103 du Comment. II. En acceptant la mission qui lui était confiée, cet ami rendait un service; c'était un exécuteur testamentaire. Évidemment il pouvait être également gratifié, et même recevoir la plus grosse part de la succession; ce que nous voulons faire remarquer, c'est qu'il apparaît non pas comme un héritier institué, mais seulement comme un acquéreur avec plus ou moins de charges. Il ne supportait donc ni les *sacra*, ni les dettes; il fallut, par suite, aviser aux moyens de sauvegarder les droits des pontifes et ceux des créanciers. En ce qui concerne les pontifes, on établit alors un règlement *Ne morte patrisfamilias sacrorum memoria occideret*; Cicéron¹ cite le plébéien Coruncanius comme l'un des auteurs principaux de cette décision; les *sacra* furent mis à la charge de ceux qui recueillaient l'émolument principal. En ce qui concerne les créanciers, nous verrons un peu plus loin le correctif employé². — Le *familiæ emptor* recevait, disons-nous, certaines charges plus ou moins nombreuses : c'étaient des legs, des affranchis-

¹ Cicéron, *De leg.*, II, 49.

² C'est alors seulement que Gaius pourra dire que le *familiæ emptor* est *loco heredis*.

sements d'esclaves, des nominations de tuteur. L'exécution de ces dispositions, accessoires par leur position, principales peut-être par leur importance, est-elle abandonnée à sa loyauté? Est-elle, au contraire, imposée et sanctionnée par une action? Les textes ne nous donnent sur ce point aucun renseignement précis; Gaius nous dit au § 102 : *Rogabat quid cuique post mortem suam dari vellet*; et au § 103 : *Mandabat quid cuique post mortem suam dari vellet*. Si M. Cuq (*op. cit.*, p. 557) déclare que l'expression *rogare* implique une prière, nous pouvons bien répondre que l'expression *mandare* indique un ordre; les arguments que l'on tire de ces deux termes se détruisent donc réciproquement; nous ne ferons appel ni à l'un ni à l'autre; nous croyons, en effet, que l'usage de chacun s'explique, mais qu'aucun ne caractérise exactement la situation juridique : le mot *rogare*, que le jurisconsulte est d'autant plus excusable d'employer qu'il se retrouve pour désigner une des formalités usitées de son temps, est un souvenir de l'ancienne *rogatio* adressée primitivement au peuple romain; le mot *mandare* se justifie parce qu'il y a réellement contrainte, mais il ne saurait cependant imposer l'idée technique du mandat, car le mandat *post mortem mandantis* n'est pas valable¹. Gaius s'est donc départi de la rigueur habituelle de son langage; si vous dites qu'il s'est trompé dans un des deux cas, pouvez-vous affirmer de quel côté est l'erreur? n'est-il pas préférable de croire que ni dans l'un ni dans l'autre il n'a voulu employer l'expression strictement juridique? Mais ce qui nous décide dans cette

¹ Gaius, III, 158; Accarias, II, n° 631.

controverse, c'est que si les libéralités mises à la charge du *familiæ emptor* ne sont pas obligatoires, on ne peut plus dire que la *familiæ mancipatio* a été imaginée pour tenir lieu de testament : celui-ci crée un legs, celle-là ne pourrait faire aucun acte à effet juridique : c'est inadmissible ; il faut que les instructions données soient des commandements¹. Au surplus, il est facile d'expliquer l'existence d'un droit d'action au profit de ces gratifiés subsidiaires : à la mancipation ont été ajoutées des dispositions accessoires qui font l'objet d'autant de pactes adjoints *in continenti*. Parmi ces pactes, les uns, comme les legs, imposent une charge au *familiæ emptor* ; les autres, comme les nominations de tuteurs, ne lui en imposent aucune ; mais tous valent, tous sont obligatoires par application de cette règle posée dans les XII Tables : *Quum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto*². Comment donc le gratifié, muni d'une action, acquerrait-il, s'il s'agissait d'un legs, la propriété de la chose ? il fallait recourir aux modes ordinaires ; le *familiæ emptor* remanipait à la personne désignée.

Tel fut le stratagème employé : pour qu'il eût été possible de le faire servir, il faut qu'à cette époque le testament ait eu un caractère et des effets juridiques tout autres que ceux que lui reconnurent les juriconsultes classiques. Pour eux, comme du reste pour nous, le testament se présente avec deux notions essentielles : d'une part, il constitue un mode d'acquérir à titre universel, applicable aux créances comme aux droits réels ;

¹ Bechmann, *Der Kauf*, I, 298 ; Pernice, *Labeo*, I, 476.

² Festus, *Nuncupata* ; Cicéron, *De offic.*, III, 16.

d'autre part, il implique l'institution d'un héritier, c'est-à-dire d'un continuateur de la personne responsable des dettes. Or, la *mancipatio* ne pouvait réaliser ces deux conceptions : elle est un mode d'acquérir à titre particulier, qui s'applique spécialement aux *res Mancipi* et ne peut servir à transmettre les créances et bon nombre de droit réels; de plus l'ayant-cause qu'elle investit ne peut être poursuivi pour les dettes de son auteur. Il faut en conclure qu'à l'origine l'hérédité était une collection d'objets dont les créances étaient exclues et qu'en outre sa dévolution se comprenait sans institution d'héritier. Et d'abord que l'hérédité fût une réunion de choses corporelles, cela ne saurait nous étonner : distinguer ce patrimoine posthume de ses éléments constitutifs, lui attribuer une nature purement intellectuelle, oublier les caractères propres de ses différentes parties pour considérer uniquement l'ensemble, créer ainsi une *universitas juris* avec un actif et un passif, c'est là une conception qui indique un état avancé de culture juridique; un peuple à ses débuts ne peut immédiatement s'élever à de telles abstractions¹. L'hérédité fut d'abord une simple collection de choses corporelles²; les créances ne constituaient dans la société antique qu'un élément peu important de la richesse publique et un élément peu apprécié³; elles ne firent jamais partie des cho-

¹ Ce n'est même qu'au II^e siècle de notre ère que la notion d'hérédité, telle que nous la comprenons aujourd'hui, a trouvé sa formule scientifique. — Cuq, *op. cit.*, p. 542.

² Gaius, II, § 4 : *Olim rerum hereditarium possessiones ut ipsæ hereditates usucapi credebantur*. Ce point de départ est admis par Kuntze, Exc. 159.

³ Chez un peuple d'agriculteurs on s'engage rarement et pour une durée très-courte; les vastes entreprises aux contrats à longue

ses *in patrimonio*¹; lorsque plus tard elles furent introduites à titre d'abord d'accessoires des choses corporelles, la langue était faite, le sens du mot patrimoine arrêté, et l'on employa le mot *bona* pour caractériser l'ensemble des biens corporels et incorporels d'un chef de famille. Quant aux dettes elles ne peuvent être considérées comme un élément du patrimoine que le jour où la loi *Pætilia* en l'an 441 eût substitué l'exécution sur les biens à l'exécution sur la personne; c'est seulement à la fin du iv^e siècle que l'on commence à se préoccuper de leur existence pour la confection des textes du cens. Sans doute les héritiers siens furent les premiers tenus des dettes de leur auteur, mais ce ne fut pas en qualité de successeurs universels, ce fut parce que l'obligation issue du *nexum* pesait sur la famille entière et non sur le seul individu qui avait contracté²; tels n'étaient pas les héritiers externes; il est vraisemblable qu'on ne leur imposa la charge des dettes que dans la seconde moitié du v^e siècle; on sauvegarda les droits des créanciers à peu près en même temps que les droits des dieux (474, consulat de Coruncanus). Même ainsi étendue la règle était insuffisante : tout était illusoire s'il n'y avait pas d'héritiers; on le comprit, et, tandis que les pontifes décidaient *pecuniam sacris conjungi*, la juris-

échéance sont inconnues. La durée de l'obligation peut être limitée à la vie du débiteur (*sponsor*, *fidepromissor*) ou même à un bref délai (loi *Furia*).

¹ Pomponius distingue encore les choses qui sont *in patrimonio* de celles qui sont *in nominibus*. D. 9, XLVI, 6. Cf. D. 37, XXIX, 2.

² Denys d'Hal., VI, 26, 37, 41; Tite-Live, VIII, 28. C'est à eux seuls que s'applique la disposition des XII Tables obligeant les héritiers à acquitter les dettes de leur auteur et divisant de plein droit les créances héréditaires.

prudence développa ce principe qu'il n'y a pas de contrat sans deux parties contractantes, et qu'on ne peut concevoir une *mancipatio*, et par suite un testament, sans *familix emptor*, c'est-à-dire, étant donné les nouvelles idées, sans héritier. Telle fut la marche du droit en cette matière; ce développement dont les commentateurs taisent la secrète progression nous est révélé par l'analyse même des formes employées. Sans doute le testament *calatis comitiis*, qui était une loi, aurait pu contenir et satisfaire la plus large extension de la notion juridique; pour découvrir ce qu'elle était en réalité, ce n'est pas à lui que nous nous adresserons; il est plus puissant que la *familix mancipatio*; et pour connaître les effets d'une institution il faut prendre pour mesure le plus faible des mécanismes qui l'ont mise en œuvre.

Ce procédé de la *familix mancipatio* était simple à découvrir : vouloir et oser l'employer était plus difficile; une telle pensée et une telle audace impliquent l'abandon des idées primitives, le stimulant de nouveaux besoins et d'une certaine émancipation, en un mot une époque assez avancée de l'histoire romaine. Nous avons parlé du v^e siècle; sans doute il est imprudent de fixer en cette matière une date précise; ce qui nous détermine cependant à ne pas nous placer plus tôt, c'est le nom même donné à l'acte : le mot *familia* est ici, d'après le témoignage de Gaius, synonyme de patrimoine; et nous savons que la loi des XII Tables qui est du iv^e siècle ne lui connaît pas encore cette large signification et l'oppose à *pecunia*. Quant à indiquer une origine plus tardive, c'est aussi inutile que téméraire. — Quoi qu'il en soit, imaginé sans doute par

quelque praticien habile, exécuté par un citoyen hardi, cet expédient dut être encouragé par ces jurisconsultes dont les conseils avaient d'autant plus d'autorité qu'ils paraissaient exempts de toute rémunération pécuniaire ; sa légitimité ne fut plus douteuse ; il se répandit peu à peu, se généralisa, et comme la renommée *vires acquirit eundo* ; il fut l'œuvre de la coutume. C'est ainsi que le testament, si l'on peut appeler de ce nom cet imparfait moyen de laisser des biens à une personne de son choix, rompit ses entraves politiques et religieuses, sortit du domaine public, devint une institution d'ordre privé. Nous trouverions dans l'histoire romaine d'autres exemples d'une telle transformation ; voyez notamment l'affranchissement où la volonté du maître n'est efficace à l'origine que par le concours de la volonté du peuple ; nous pouvons en retenir une chose, c'est que la notion de l'ordre public a été éminemment variable.

II.

Cette conquête du droit privé accéléra la marche du droit romain vers l'indépendance du chef de famille. Elle risquait même d'aboutir à la liberté absolue du testateur, que les temps primitifs avaient certainement repoussée et que selon nous la loi des XII Tables n'avait pas encore admise. Sans doute l'austérité des mœurs était une puissante garantie ; la même censure et la même opinion publique, qui déshonoraient le père négligeant de doter sa fille ou le maître reprenant le pécule d'un esclave, empêchaient de trop grandes injustices dans les actes de dernière volonté ; la publicité même de leur exécution était un autre palliatif ; car

elle supposait un certain courage moral, le courage de braver la haine et la persécution des personnes déçues dans leur attente. Ces barrières furent bientôt insuffisantes : c'est alors que nous voyons apparaître la *querela inofficiosi testamenti* et les restrictions à la faculté de léguer. C'est donc encore l'étude de la forme, l'invasion d'un expédient plus ou moins ingénieux, qui explique ces importantes créations de la législation romaine : la notion de la puissance du testateur serait, selon nous, restée à peu près la même ; et les changements dans sa manifestation extérieure, menaçant et compromettant sa persistance, auraient seuls exigé ces protections, ces remèdes. On ne voulut pas aller au delà d'une modification et d'un perfectionnement de la forme, et les mêmes jurisconsultes qui avaient usé d'un subterfuge pour étendre le moyen de tester, en employèrent un autre pour limiter le pouvoir de tester et réparer le mal que leur première réforme aurait pu faire : ils supposent que le fait de priver de toute participation à sa succession certains descendants viole un devoir pieux, est l'indice d'une faiblesse d'esprit, et que le testament doit tomber comme si c'était l'œuvre d'un fou¹. C'est encore pour restreindre la faculté de léguer et remplacer par des prohibitions législatives les garanties que donnait jadis l'intervention du peuple que furent rendues les lois *Furia* (571) et *Voconia* (586), et enfin la loi *Falcidia* (714) qui établit un système définitif et mieux combiné. De plus, la jurisprudence, s'emparant de la nécessité d'instituer ou d'exhérer, c'est-à-dire de nommer expressément ses héritiers siens, la-

¹ L'opinion de Cujas qui fait remonter l'origine de la *Querela* à une loi *Glilia* est aujourd'hui généralement abandonnée.

quelle nous est apparue comme le moyen de prévenir une fraude dans le testament *calatis comitiis*, en maintenant la stricte et rigoureuse application en faisant cette observation exacte, que beaucoup d'hommes commettent l'injustice sans scrupule mais que très-peu osent l'avouer¹.

N'insistons pas davantage sur ces dispositions et ces décisions qui furent une réaction, bien légitime du reste, de cette notion de l'ordre public que l'on expulsait, de ces droits de l'État que l'on battait en brèche. Voyons surtout les conséquences qui résultèrent dans le domaine purement privé de la coupe et de la configuration de la nouvelle forme.

C'était un contrat; la mancipation qui intervient n'est que la manifestation et l'exécution d'une convention entre deux parties dont l'une consent à aliéner son patrimoine et l'autre à l'acquérir : cette façon d'envisager l'opération survécut à tous les changements postérieurs; le testateur fut toujours réputé contracter avec le *familiæ emptor*, même lorsque celui-ci n'intervint que pour l'apparence et ne fut qu'un simple figurant; bien plus, il conserva ce caractère de partie contractante le jour où il fut seul à agir; même alors il fut, à certains points de vue, censé contracter avec quelqu'un, et ce fut avec l'héritier qui était complètement étranger à la confection du testament : *Totum hoc negotium*, dit Justinien (Inst., 10, *De test. ord.*), *creditur hodie inter testatorem et heredem agi*. Voici des applications intéressantes de ce cachet contractuel qui fut imprimé au testament.

¹ Accarias, I, 871.

1° Nous avons dit que, dans l'intérêt des créanciers, le *familiæ emptor* devenant, selon l'expression de Gaius, *loco heredis*, avait été tenu des dettes¹; puis, toujours dans le même but, on affirma ce principe qu'il ne pouvait y avoir d'acquisition sans acquéreur, de testament sans héritier institué. Toutes les autres dispositions furent soumises à la validité de cette condition. Telle fut l'origine de la fameuse règle : *institutio heredis est caput et fundamentum totius testamenti*. Lisez Gaius, II, 229 : cette nécessité d'instituer un héritier ne figure pas dans la définition du testament; elle n'apparut et ne put être admise que le jour où l'on fut en présence d'un contrat. Dans la suite, elle fut d'autant plus remarquée et mise en lumière qu'elle devenait de plus en plus étrange. Qu'y a-t-il en effet de plus arbitraire que de subordonner ainsi l'ensemble à l'une de ses parties, et d'une des volontés du testateur faire dépendre toutes les autres? Sans doute, cette particularité s'explique à l'époque où nous sommes : l'institution d'héritier, étant la caractéristique d'un des contractants, devient l'objet essentiel du contrat; les autres dispositions ne sont que des accessoires, des *pacta abjecta*; et lorsque la partie principale qui les relie et les soutient vient à manquer ou à s'évanouir, elles tombent et se dispersent comme des membres qui ne se rattachent à aucun corps. Mais, très-logique à l'origine, cette règle subsiste, aussi inflexible que déplacée, lorsque, dans la suite, les progrès des mœurs et l'évolution juridique tendent à faire prévaloir ce principe qu'en cette matière la volonté hu-

¹ Par une juste réciprocité, en même temps qu'on lui imposait les *onera totius hereditatis*, on lui donnait vocation à la totalité des biens.

maine est souveraine maîtresse dans ses manifestations quelconques, pourvu qu'elle soit clairement constatée et librement affirmée dans les limites légales.

2° La *mancipatio*, servant ainsi à la dévolution de l'hérédité, ne pouvait le faire qu'avec ses propres forces; l'énergie du testament fut donc limitée à l'énergie du contrat. Or, les Romains avaient tellement exagéré le caractère de perpétuité du droit de propriété que les aliénations consenties *ad tempus* étaient nulles; dès lors, l'hérédité, qui n'était d'abord qu'une simple collection des choses corporelles, et qui prenait à son usage les modes de transmission de ces objets particuliers, ne pouvait constituer un droit temporaire. De là, la règle : *semel heres, semper heres*. L'adjonction postérieure des créances à cette masse ne devait nullement modifier ce principe, puisque les obligations contractées *ad diem* étaient réputées pures et simples. Aussi l'hérédité, devenue une *universitas juris*, échappa à l'influence du temps. On en déduisit cette conséquence que les modalités *ad diem* ou *ad conditionem* seraient réputées non écrites dans les institutions (Instit., 9, *De hered. inst.*, II, 14). Et cette règle subsista alors que Justinien, réalisant une réforme dès longtemps attendue et dès longtemps préparée, admit la validité d'un transport de propriété *ad tempus*¹.

3° C'est encore par le caractère contractuel du testament qu'il faut expliquer une autre règle assez bizarre qui domine tout le droit testamentaire des Romains : la validité des dispositions testamentaires s'apprécie en principe au jour même de la confection du testament,

¹ L. 2, C. *De don. quæ sub. mod.*, VII, 55.

bien qu'elles ne doivent et ne puissent s'exécuter qu'au décès. En voici la preuve : La *factio testamenti* ou capacité d'être institué est requise à peine de nullité au moment même du testament (Institut., 4, *De her. qual. et diff.*, II, 19); c'est à ce moment même que la chose léguée doit être dans le commerce, que le testateur doit être propriétaire *ex jure quiritium* des objets légués *per vindicationem* et des esclaves affranchis directement; la règle *Catonienne* elle-même n'est qu'une application plus exagérée de la même idée. Les Romains se comportent donc comme si le testament devait recevoir une exécution immédiate, et cela parce qu'à un moment de leur histoire ils en ont fait un contrat et qu'ils en gardent fidèlement la tradition. Ce qui montre bien qu'ils cèdent ici à la logique aux dépens du bon sens et qu'ils sacrifient aux souvenirs du passé les nécessités du présent, c'est qu'aussitôt le testament fait leur point de vue change, et que, par exemple, les institués et les légataires peuvent devenir incapables, la chose peut sortir du commerce : de tout cela on ne s'inquiète, pourvu que les conditions nécessaires à la validité de la disposition se trouvent de nouveau remplies au moment du décès, *media tempora non nocent*.

III.

Si des cinq inconvénients que nous avons signalés dans le testament *calatis comitiis*, la *familix mancipatio* remédiait aux deux plus durs, les trois autres subsistaient encore, savoir : la difficulté de révocation, la publicité, l'exclusion de certaines personnes.

Le testateur, qui avait mancipé ses biens et qui changeait de volonté, n'avait pour se les faire remanciper qu'à compter sur la loyauté du *familiæ emptor*. C'était là un obstacle assez considérable; il a même paru si grand que certains auteurs ont cru que la *familiæ mancipatio* était révocable (Ihering, IV, 284, Darz, II, 114). Nous ne pouvons être de leur avis : il s'agit encore, ne l'oublions pas, des premières adaptations de la *mancipatio* au testament; la formule n'a encore reçu ni les additions ni les modifications que nous verrons plus loin; la vente est réelle; il faut accepter, quelque dures qu'elles soient, les rigueurs de cet instrument primitif et grossier que les nécessités de la lutte avaient fait accepter malgré ses imperfections et qu'on va polir et améliorer dès que la victoire sera remportée. Au surplus, n'exagérons pas le mal : le *familiæ emptor* était un ami; il avait sans doute donné sa parole de se prêter aux retours de volonté du disposant; les liens de l'amitié, la religion du serment déterminaient d'autant plus sa complaisance qu'il avait peu d'intérêt à résister, n'étant le plus souvent qu'un intermédiaire légèrement gratifié. Il est manifeste que, dans ce cas de remancipation, le testateur débarrassait son fidèle ami des charges qu'il lui avait imposées, et que les droits des légataires ou autres s'évanouissaient avec la mutation de propriété qui les soutenait.

En ce qui concerne le secret, la *familiæ mancipatio* ne différait pas non plus du testament *calatis comitiis*. Comme celui-ci, elle exposait à la haine et aux attaques de ceux qui étaient écartés et déçus dans leurs espérances; et il n'y avait plus comme défense et comme protection l'approbation des comices par curies.

En même temps, la forme nouvelle limitait trop étroitement le nombre de personnes qui pouvaient tester et surtout de celles qui pouvaient être instituées. En ce qui concerne la capacité du testateur, elle dérivait maintenant, non plus du *jus civitatis*, mais du *jus commercii*; c'était à cet égard un progrès : le droit s'élargissait en ce qui concernait les pérégrins, et les *Latini veteres* étaient, à ce point de vue, aussi bien traités que les citoyens. Les femmes *suis juris* auraient aussi bien pu disposer maintenant de leur patrimoine ; mais nous avons dit pour quelles raisons, en présence d'agnats, on les en empêcha jusqu'au règne d'Adrien. Il fallait désormais, pour pouvoir tester, être capables de figurer dans les actes juridiques, de rendre sa condition pire, de comprendre les formalités de l'*æs et libram*; ce qui excluait, non seulement comme à l'origine les impubères, les sourds et les muets¹, mais encore les fous et les prodiges interdits². — Mais c'est surtout en ce qui concernait la capacité du *familiæ emptor*, c'est-à-dire, qu'on nous permette l'expression, du quasi-héritier, que la *mancipatio* apportait de graves restrictions. Nous n'avons pas parlé de la situation de l'héritier lors du testament *calatis comitiis*, car il n'est nullement démontré que sa présence dans les comices fût nécessaire ; dès lors, toutes les conséquences, que l'on voudrait déduire de leur organisation, seraient absolument hypo-

¹ *A fortiori* les sourds-muets.

² Nous ne parlons ici, comme du reste à propos du testament *calatis comitiis*, que des incapacités qui résultent de la forme. Il est certain que dans les deux cas il faut être *sui juris* ; ce qui exclut les esclaves, les fils de famille, les personnes *in manu* et *in mancipio* ; mais nous n'avons pas à nous en occuper.

thétiques¹. Mais maintenant que nous sommes en présence de la *familiæ mancipatio*, nous pouvons établir une règle sûre : le *familiæ emptor* devait avoir la capacité de recevoir une mancipation et de la recevoir du testateur lui-même. Étaient dès lors exclus, comme pour tester, les pérégrins (sauf les *Latini veteres*), les impubères, les sourds, les muets, les fous, les prodiges interdits ; les femmes et les esclaves appartenant à des tiers avaient bien toute aptitude ; mais ce qui était grave, c'est que l'on éliminait toutes les personnes placées sous la puissance du testateur : de ce nombre étaient ses enfants², de ce nombre étaient ses esclaves ; cette dernière déchéance devait être particulièrement sensible aux Romains qui avaient l'habitude, prévoyant leur succession insolvable, d'indiquer pour héritier leur esclave, afin d'éviter sur leur nom la *bonorum venditio* qui aurait été une tache pour leur mémoire.

Ajoutez que le principal défaut de la *familiæ mancipatio* était de transférer immédiatement la propriété ; le testament *calatis comitiis* ne disposait que pour l'avenir ; la forme qui le remplaçait ne possédait pas une telle puissance et produisait des effets actuels. Nous avons annoncé que cette transmission de propriété, escomptant une loyauté incertaine, rendait aléatoire la révocation ; disons maintenant qu'elle pouvait empêcher même une bonne volonté de réaliser complètement

¹ Si l'on prétend, sans aucun fondement selon nous, que l'on ne pouvait prendre pour héritier que les personnes admises aux comices, cela exclut non seulement les pérégrins, les femmes, les impubères, les sourds et les muets, mais encore les esclaves.

² L'inconvénient était moindre pour eux ; on arrivait à les gratifier en prenant un *familiæ emptor* quelconque pour intermédiaire.

cette rétractation; la remancipation ne rétroagissait pas; les droits réels consentis par l'*emptor* subsistaient. Enfin le testateur s'était dépouillé; et, si les menaces d'un danger ou les approches de la mort l'avaient empêché de prendre des précautions, de retenir par exemple l'usufruit, la mauvaise foi ou l'imprudence du *familix emptor* l'exposait, non seulement à ne plus satisfaire ses désirs de changer son héritier, mais encore à être complètement privé, avant l'heure, de ses biens.

En résumé, augmentation des restrictions, translation immédiate de la propriété, tel était le prix auquel le nouveau mode faisait payer ses services. C'était un taux peu élevé, si l'on tient compte des deux grands inconvénients qu'il arrivait à éviter. Les anciens testaments ne purent résister à sa marche envahissante : la supériorité théorique qu'ils conservaient sur deux points était en fait facile à obtenir par de la prudence¹ ou des détours ; les efforts patriciens ne purent les préserver du discrédit et de l'abandon. Les plébéiens avaient la victoire ; maîtres de la situation, ils ne craignirent pas de s'inspirer des institutions qu'ils venaient de combattre et essayèrent de joindre aux avantages de la *familix mancipatio* ceux du testament fait dans les comices. De cette combinaison et de ce perfectionnement devait sortir ce que nous appelons plus spécialement le testament *per æs et libram*.

¹ Par un pacte de fiducie, on pouvait faire promettre au *familix emptor* de remanciper les biens.

SECTION II.

Du testament *per æs et libram*.

I.

C'est avec raison que l'on a dit que le peuple romain était essentiellement conservateur. Il ne l'est certes pas à la façon nonchalante et inerte des populations d'Orient qui piétinent à la même place et dont les idées, comme les institutions, restent de longs siècles dans un profond sommeil. Il s'attache au passé non par crainte du mouvement, mais par conscience de son œuvre; il sait qu'il l'a acquise par la réflexion et l'effort; il s'en tient à ce qu'il a reconnu vrai et bon. Cela ne l'empêchera pas de rendre justice à une époque nouvelle et d'accepter des réformes nécessaires; mais il les introduira lentement et sans secousse; en même temps, il ne supprimera les anciennes institutions qu'avec mesure; à une violente révolution, il préférera une conciliante transaction. Sans doute, une telle façon d'agir, que lui dictait son tempérament et que sa raison approuvait, a pu ralentir sa marche; l'évolution juridique a été plus laborieuse; mais il a évité ainsi les imprudences, les réactions, les retours en arrière : ce qu'on perd en vitesse, on le gagne par la solidité du résultat; ce que l'on a obtenu avec peine, on le défend avec opiniâtreté. Nous allons trouver dans la nouvelle configuration de la forme, dans le testament *per æs et libram*, un exemple éclatant de cette politique prudem-

ment réformatrice : la *familiæ mancipatio* subit plusieurs modifications; chacune d'elles porte l'empreinte du passé, et chacune d'elles constitue un progrès.

Le principal changement fut de supprimer la translation immédiate de la propriété par l'effet de la mancipation. Ce *familiæ emptor*, que l'on avait rendu propriétaire non pour le gratifier mais pour user d'un expédient; ce *familiæ emptor*, qui était devenu héritier non parce qu'on voulait en faire un continuateur de la personne mais pour sauvegarder les droits des créanciers; ce *familiæ emptor*, qui était en réalité un intermédiaire obligeant, devait peu à peu voir affirmer en droit ce qu'était sa situation en fait; il devait venir successivement un détenteur à titre précaire, un mandataire, un gardien pour employer les termes de la formule que Gaius reproduit, plus tard un simple figurant, un témoin adjoint. Les paroles qu'il prononce maintenant indiquent son nouveau rôle; voici, en effet, la formule que nous rapporte Gaius, II, 104, complétée par quelques mots mis entre parenthèses : *familiam pecuniamque tuam endo mandatela tua custodelaque mea (esse aio, eaque) uti tu jure testamentum facere possis secundum legem publicam; hoc ære (quelques-uns ajoutaient æneaque libra) esto mihi empti*. Ce n'est plus un *familiæ emptor*; s'il porte encore ce nom et semble en remplir une partie des fonctions, c'est par tradition, c'est par respect pour la forme. Ce n'est plus un acquéreur, il n'y a plus de vente; si le *libripens* est encore là, si la balance reçoit encore le choc d'un morceau de cuivre, c'est de plus en plus pour l'apparence, *veluti pretii loco*; la comédie s'accroît. Le caractère de la *mancipatio* a donc bien changé; elle est mainte-

nant imaginaire¹, fictive; elle intervient *dicis causa*, dit Gaius. Admirons la décadence ou plutôt la persistance de certaines formes dans les actes juridiques romains : la balance et la pièce d'airain conviennent à cette époque primitive où, faute de monnaie publique, le métal se mesurait au poids; elles passent ensuite à l'état de symbole dans la vente solennelle; enfin elles sont employées dans une foule de cas où le but réel n'est plus de vendre (émancipation des enfants, acquisition de la puissance maritale sur la femme, etc.)². Les actions symboliques ne sont pas seulement le langage de l'esprit dans l'enfance; elles portent en elles-mêmes leur attrait et leur charme : elles séduisent le sens esthétique en embellissant les événements de la vie, et flattent aussi la sévère raison par l'ordre, la régularité, la netteté qu'elles introduisent dans l'existence. Le culte de l'apparence extérieure, et même de la forme vide et dénuée de signification, a caractérisé le peuple romain³; Cicéron l'en a beaucoup raillé⁴; n'en disons cependant pas de mal : nous y trouvons le moyen d'assurer la continuité du développement historique⁵, c'est-à-dire la source de la sûreté et de la fixité de tout progrès. — En même temps que le *familiæ emptor* s'effaçait et était relégué au dernier rang, celui dont il avait par stratagème usurpé la place, l'héritier réel et véri-

¹ Ulpien, *Reg.*, XX, 2.

² Ortolan, *Hist. et gén. du droit romain*, p. 622.

³ Il caractérise aussi le peuple anglais : le *speaker* de la Chambre des communes porte encore l'énorme perruque, legs de l'ancienne époque.

⁴ Cicéron, *pro Cæcina*, p. 23 : *aucupia verborum et litterarum tendiculas*.

⁵ Ihering, *Esprit du droit romain*, III, 201.

table, celui que désirait et désignait la volonté du défunt était restitué en ses droits et ses devoirs, était appelé à l'honneur ainsi qu'à la peine. Sa situation s'affermissait au décès du *de cujus*; il était tenu des dettes, en même temps que sa vocation s'étendait à l'universalité des biens; c'était lui qui devait être l'objet de l'institution d'héritier, et son sort mettait en suspens celui de toutes les autres dispositions, legs ou affranchissements. — C'était là un premier progrès réalisé au nom de la logique et du bon sens; désormais le testament n'opéra plus que pour l'avenir; mais pour déroger ainsi à la construction primitive des actes juridiques privés, pour leur permettre de disposer par exception sur des rapports de droit futurs, il fallait que le testament *calatis comitiis* permît et encourageât cette hardiesse; telle fut la conciliation : le nouveau procédé conserva la coupe de la forme populaire et reçut la puissance de la forme aristocratique. On jugea utile de mentionner cette translation d'énergie et l'on déclara dans la formule que la reconnaissance de ce caractère s'appuyait sur la loi des XII Tables : *uti tu jure... secundum legem publicam*.

Un second progrès, conséquence du premier, fut en même temps atteint; le nombre des restrictions fut diminué en ce qui concernait la capacité de l'institué. Nous avons dit que le testateur ne pouvait pas prendre pour *familiæ emptores* les pérégrins, les impubères, les sourds, les muets, les fous, les prodigues interdits, les personnes placées sous sa puissance; du jour où le *familiæ emptor* s'éclipsa et devint un simple témoin, cela n'eut plus aucune importance; en même temps que le titre d'héritier se détachait de lui, recevait une vie

propre, s'affirmait et grandissait, toutes ces personnes¹ purent le recevoir. N'était-ce pas un souvenir de l'ancien état de choses, surtout si l'on admet que la présence de l'héritier n'était pas nécessaire dans les comices curiates?

Un troisième progrès d'un haut intérêt pratique allait aussi commencer à être réalisé : on faisait d'une façon discrète et silencieuse cette restauration naturelle de l'héritier; il n'avait pas besoin de participer à la confection du testament; on cachait donc son arrivée éventuelle, on obviait ainsi aux inconvénients de la publicité. Le testateur n'était plus ostensiblement désigné aux colères et aux haines des mécontents; l'héritier pouvait même ignorer la libéralité dont il était l'objet; il ne risquait pas dès lors d'être tenté, pour hâter le commencement de sa jouissance, de conspirer contre la vie de son bienfaiteur². Que cette situation ait été obtenue par suite de la modification du testament, plutôt que par désir d'établir le secret, peu importe; le résultat était acquis. L'héritier était donc absent : il fallait le désigner aux témoins qui étaient toujours là, *classici testes*, pour assurer l'exécution; il fallait que le testateur parlât. Il dut prononcer des paroles solennelles, déclarant, d'une part, quelles étaient ses dernières volontés, et invitant, d'autre part, les témoins à se porter garants de la réalité de l'acte. Là encore la trace de l'ancien testament *calatis comitiis* est manifeste : cette formule, dans la dénomination qu'elle reçoit comme dans les expressions qu'elle emploie,

¹ Il faut en excepter les pérégrins (Gaius, I, 2); le testament restait toujours matière du droit civil.

² Théophile (II, 10, 1).

rappelle celle qui était prononcée jadis devant le peuple assemblé; dans les deux cas les mêmes termes se reproduisent sous la même forme impérative; dans les deux cas, le langage juridique déclare que c'est une *nuncupatio*. — Le plus souvent, le testateur rédigeait par écrit son testament, et ce qu'il demandait aux personnes présentes de témoigner en cas de besoin, c'était seulement que des tablettes, scellées d'une certaine manière, contenaient ses dernières volontés; c'est cette situation que vise la formule de *nuncupatio* que nous rapportent Gaius (II, 104) et Ulpien (XX, 9) : *hæc ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque vos, quirites, testimonium mihi perhibetote*. Évidemment, dans ce cas, le testateur était assuré du silence; et, s'il en eût été toujours ainsi, ce progrès du secret que nous signalons eût été réalisé d'une façon absolue. Remarquons que, même si le testateur avait négligé de recourir aux tablettes et avait déclaré à haute voix quelles étaient ses dispositions, la publicité eût été encore moins grande qu'autrefois, lorsque tout le peuple était réuni dans les comices, ou bien lorsque l'héritier était obligé de participer à la *familiæ mancipatio*. Mais, hâtons-nous de le dire, ces confidences faites aux témoins durent être exceptionnelles; nous croyons même que la rédaction de tablettes eut bientôt un caractère essentiel. — On objecte que certains testaments ont été publiés¹ : Cicéron raconte qu'il avait scellé avec Clodius le testament de l'architecte Cyrus, et que Clodius en connaissait le contenu aussi bien que lui; ailleurs il écrit à Atticus qu'il rapporte de Patras le testament de

¹ Cuj, *Nouv. Revue hist.*, p. 367.

Tiron, et que celui-ci l'institue héritier ainsi qu'Atticus pour des parts déterminées¹. Cela prouve seulement qu'il y a des testateurs qui aiment à parler des libéralités qu'ils laisseront après leur mort, et que Cyrus et Tiron étaient du nombre de ces bienfaiteurs bavards ou intéressés. Ce qui semble trancher la question, ce sont les termes de la formule que nous avons indiqués plus haut; ils mentionnent expressément l'emploi de tablettes. Nous savons bien que Gaius ajoute dans son commentaire : *quæ testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermoni nominare atque confirmare*; mais qu'est-ce que ce *sermo generalis*? Faut-il y voir une déclaration générale résumant les clauses spéciales² et conclure à la nécessité d'une communication publique de ses volontés? Cette version et cette induction ne nous semblent pas obligatoires. Pourquoi ne pas y découvrir une simple allusion à la formule précitée? La *nuncupatio* dont nous connaissons les termes solennels suffit à donner confirmation et vigueur au testament; et c'est ce que le jurisconsulte a entendu dire. A quoi bon un exposé succinct, résumé dangereux s'il est imparfait, rendant presque inutiles les tablettes s'il est complet? L'écrit est donc, selon nous, seul exigé, et il est indispensable; il supplée à tout et rien ne le remplace. Gaius pourra faire remarquer (II, 451) que la destruction des tablettes n'empêche pas le testament de valoir, bien que la preuve des dispositions qu'il contient soit difficile. Cela prouve qu'on cherche à réparer dans la mesure du possible les con-

¹ Cicéron, *P. Mil.*, II; *Ad Attic.*, VII, 2.

² Cuq, *Nouv. Revue hist.*, p. 367.

séquences fâcheuses qui résultent d'un cas fortuit; mais cela n'infirme nullement notre opinion, à savoir que l'usage des tablettes a été non pas seulement accepté et conseillé, mais en dernier lieu imposé, et cela aussi bien pour assurer le secret des dispositions testamentaires que pour préparer une preuve plus facile. Les modifications de la forme avaient sollicité un premier pas dans cette voie : le testateur, qui, depuis longtemps, n'avait aucune approbation à obtenir et par suite aucune communication à faire, n'avait plus maintenant besoin de la présence de l'héritier; on profita de cette indication; on persévéra dans cette marche; un écrit fut exigé; ces tablettes parurent même avoir une importance de plus en plus grande; il fallut que les témoins aient apposé à l'extérieur leurs cachets et leurs noms (*signatio* et *adscriptio*). Justinien (2 et 3, Inst., X, 2) et Théophile disent bien que l'apposition des cachets et des noms est une invention du prêteur; mais, d'après Cicéron¹ (*In Verrem*, II, 1, 45), il paraît que l'Édit avait emprunté cette formalité au *jus civile*.

Signalons enfin un autre progrès : le testateur qui n'avait pas révélé le contenu des tablettes et qui les conservait entre ses mains, pouvait les anéantir à son gré. La révocabilité parfaite du testament était obtenue; jusqu'au dernier moment, le *de cujus* pouvait réfléchir et changer; c'était bien maintenant sa dernière volonté qui allait être exécutée. L'opération va, dès lors, pouvoir apparaître avec une toute autre notion.

¹ Cicéron rapporte ainsi la disposition de l'Édit : *Si... tabulæ testamenti, obsignatæ non minus multis signis quam a lege oportet, ad me proferentur. Lex* ici un synonyme de *jus civile*. Maynz, *Cours de droit romain*, III, 237, note 23.

II.

A quelle époque eut lieu cette habile conciliation, qui fut fertile en heureux résultats et fit presque complètement¹ disparaître les inconvénients que nous avons signalés jusqu'à présent? Il est difficile de le préciser; on peut cependant affirmer que le testament *per æs et libram* existait dans la seconde moitié du iv^e siècle. Cicéron paraît bien dire qu'au temps de Caton l'ancien, il coexistait avec le testament *in procinctu*². Un renseignement fourni par Gaius confirme cette manière de voir; ce qui motiva, dit-il (II, 224), les lois *Furia* et *Voconia*, c'est que les héritiers *scripti* s'abstenaient de l'hérédité; or, ces lois sont de la fin du vi^e siècle. C'est donc durant le cours du vi^e siècle qu'eut lieu cette importante transformation : les Romains ont obtenu un grand succès, la soumission totale de l'Italie; ils en préparèrent un autre encore plus grand, la conquête de l'Afrique et de l'Asie; ce mélange avec les autres peuples a adouci la rudesse de leurs principes; en même temps que leur politique faisait des concessions plus ou moins grandes à leurs alliés et à leurs vaincus, leur droit privé se limait à ce frottement, apprenait à transiger, se préoccupait de l'équité. Le testament *per æs et libram* fut la résultante de ces idées nouvelles et de l'esprit conservateur que nous avons signalé plus haut. Par suite de la création de ce mode perfectionné, accessible à tous et en tout temps, les deux procédés

¹ Il reste encore trop de restrictions à la capacité de tester.

² Cicéron, *De ora.*, I, 53.

primitifs déjà discrédités, tombèrent complètement en désuétude : le testament *calatis comitiis* disparut le premier ; celui *in procinctu* était encore en usage au commencement du VII^e siècle : nous voyons, en effet, que, quelques années avant la prise de Numance, les soldats de cinq cohortes légionnaires en firent usage au moment de marcher à l'assaut de Contrebie, comme s'ils allaient à une mort certaine¹ ; mais dès le temps de Cicéron il était devenu extrêmement rare². Aussi, vers la fin de la République et pendant les quatre premiers siècles de l'empire, le testament *per æs et libram* fut le mode usuel du *jus civile*³ ; c'est ainsi que testa l'empereur Auguste⁴.

C'était, avons-nous dit, le perfectionnement, la seconde édition de la *familiæ Mancipatio*. Cette filiation explique le maintien d'une règle assez étrange : parmi les règles sur la capacité des témoins, nous voyons que ce rôle ne peut être rempli non seulement par les personnes qui sont en la puissance du testateur, mais encore par celles qui sont en la puissance du *familiæ emptor* (Gaius, I, 105 et 106) ; en sens inverse, il peut être exercé par l'héritier institué et ceux qui lui sont soumis. En bonne logique, la règle aurait dû être retournée le jour où le *familiæ emptor* fut désintéressé de l'opération et où l'héritier institué fut mis à sa place. Les jurisconsultes ont, au contraire, religieusement conservé l'ancien principe ; la question n'offrant guère d'intérêt pratique, ils n'ont pas cru

¹ Vell. Paterc., II, 5.

² Cicéron, *De natur. deo*, II, 3 ; Gaius, II, 104.

³ Maynz, *Cours de droit romain*, III, 237.

⁴ Suétone, *Vie de Néron*, 4.

devoir modifier la tradition, et ils se sont contentés de dire qu'en ce qui touche l'héritier et ceux soumis à sa puissance, il était préférable de ne pas les prendre pour témoins (Gaius, II, 108); il est fort probable que ce conseil fut suivi (L. 20, pr., *Qui test. facere possunt*); sûrement, Justinien le transforma en une règle obligatoire, ramenant ainsi l'ordre et la logique dans une matière que l'esprit de conservation, dégénérant ici en esprit de routine, avait désorganisée.

Quoi qu'il en soit de cette influence héréditaire, de ces origines et des causes déterminantes, dégageons-nous de ces souvenirs et de ces éléments extérieurs et voyons, par l'analyse, ce qu'était en réalité et en lui-même ce nouveau mode de tester. Qu'y a-t-il au fond de toutes ces formalités? Supprimez la pompeuse interrogation du *familiæ emptor* et la symbolique présence de la balance, qui sont un reste du passé maintenant sans portée; supprimez la rigoureuse formule de la *nuncupatio*, qui n'est qu'un exemple d'un formalisme cher aux temps primitifs et surtout aux Romains; supprimez enfin ces particularités sans importance que les premiers procédés ont légués pour la convocation et la capacité des témoins, que reste-t-il derrière ces solennités qui entourent et, si vous voulez, rehaussent le testament *per æs et libram*? C'est aujourd'hui purement et simplement un testateur qui donne un écrit relatant ses dernières volontés en présence de personnes chargées d'affirmer le fait. L'opération est devenue d'une extrême simplicité. *Quantum mutatus?* Nous sommes bien loin du temps où le peuple s'assemblait en entier et faisait une loi; bien loin aussi du temps où l'on concluait un contrat et où l'on trans-

fèrait immédiatement la propriété. La notion est tout autre ; la révocabilité extrême, la garantie du secret, le recul des effets au décès du *de cujus*, quelle série d'heureuses modifications ! Ce n'est plus une loi, ce n'est plus un contrat, c'est maintenant un acte unilatéral de disposition, et nous pourrions déjà donner la définition de l'article 895 de notre Code civil : « *Le testament est un acte par lequel le testateur dispose pour le temps où il ne sera plus...* » La véritable conception, ou tout au moins la conception moderne, est trouvée, et, ce résultat acquis, il est intéressant de considérer le chemin parcouru et de se rappeler à travers quelles vicissitudes et avec quels tâtonnements l'esprit romain a marché. Les conquêtes qui nous paraissent maintenant aussi naturelles qu'indispensables ont été souvent, en droit privé comme en politique, obtenues par de longs et grands efforts.

Est-ce à dire que déjà le droit romain soit arrivé au terme de sa course ? La notion juridique est acquise ; mais il reste encore à régler, toujours en ce qui concerne la forme dont nous nous préoccupons exclusivement, bien des points, moins délicats au point de vue théorique, aussi importants au point de vue pratique. Le testament est maintenant un acte de volonté, soit ; mais a-t-on entouré cette volonté de garanties suffisantes soit au point de vue de sa libre manifestation qu'entrave encore le formalisme, soit au point de vue de la certitude de son expression qui n'est pas encore complète ? a-t-on de plus assuré l'exercice de ce droit à tous ceux qui, malgré leur situation de famille, leurs infirmités ou leur sexe, méritent d'égales faveurs ? C'est ce que l'on se demandera plus tard, lorsque le droit, poursui-

vant sa marche, arrivera à être plus simplifié, plus protecteur, plus soucieux des droits de tout être humain.

III.

Nous avons dit que le testament de droit commun *per æs et libram* exigeait la rédaction de tablettes. Quelque nécessaire que parût cet écrit, on s'inclinait cependant devant la force majeure¹; à l'impossible nul n'est tenu; c'est à cette idée que nous avons rattaché la déclaration de Gaius, que la destruction des tablettes n'empêchait pas le testament de valoir. C'est par suite de la même considération que par exception on se contenta d'une déclaration orale de la *nuncupatio*, dans les cas où le testateur ne pouvait écrire. Et alors le testament fut dit *nuncupatif*, nom qui ne s'étendit et ne se justifia que dans la suite lorsqu'on eut réellement un mode distinct de tester, à la suite des progrès que nous venons de laisser pressentir, particulièrement de ceux que réalisa le préteur pour les vieilles formules.

Mais au début ce ne fut qu'une abréviation du testament *per æs et libram*. Un fragment d'Ulpien au Digeste (21 prin., *Qui testament. facere possunt*, XXVIII, 1) porte : *licebit testanti vel nuncupare heredes, vel scribere, sed, si nuncupat, palam debet*. Ces mots *vel nuncupare vel scribere* n'indiquent pas deux modes différents mais une simple alternative; le testateur peut adopter l'un ou l'autre des deux termes, c'est toujours la même forme. Que le *de cujus* ait eu à l'époque d'Ulpien une égale faculté d'user du procédé oral ou du procédé écrit,

¹ C'est un progrès sur la rigueur primitive.

nous le croyons parfaitement; mais nous estimons que ce libre choix n'existait pas à l'origine. Gaius, en effet, nous présente, comme expression du droit commun, une formule qui ne vise que l'usage des tablettes; et, lorsque Suétone rapporte cet exemple célèbre d'Horace instituant Auguste dans la forme nuncupative, il ajoute, pour justifier l'emploi de cette pratique extraordinaire, que le poète était pressé par la maladie et par suite incapable de rédiger les tablettes¹.

Nous sommes dès lors autorisés à dire qu'à l'origine, il faut, pour tester dans la forme nuncupative, la balance, la pièce d'airain, la pantomime de la *mancipatio*. Seulement, comme il n'est pas possible de faire un écrit, on se contente, par tolérance, d'une déclaration orale indiquant le nom de l'institué et des charges diverses qui lui sont imposées, et cela avec d'autant moins de peine que les procédés primitifs se faisaient à haute voix. Telle fut l'origine de cette copie réduite et anormale du modèle général *per æs et libram*. Plus tard, lorsque le droit se débarrassa de ses symboles, de ses fictions, de son formalisme, et s'attacha à la nature réelle de l'opération plus qu'à son expression extérieure, le testament nuncupatif, par suite de la rupture du lien solennel qui l'unissait au type qui l'avait créé, reçut, comme nous le verrons, une vie propre, mérita un nom particulier, acquit un plus large développement. Son usage, dans la suite, ne fut même plus subordonné à des circonstances matérielles et extérieures; il fut mis à la libre disposition des testateurs. Il ne dépendit plus

¹ Suétone, *Vita Horatii* : « Cum, urgente vi valitulinis, non sufficeret ad obsignandas testamenti tabulas. »

d'une impossibilité d'exécution, mais de la pure volonté, et alors fut complètement exacte l'alternative dont parle Ulpien. Mais, même arrivé à ce point d'extension, il conserva au moins dans les mœurs un caractère exceptionnel : Justinien, qui écrit à l'époque où il est arrivé à son plein épanouissement, le relègue au dernier paragraphe de son titre de *testamentis ordinandis* et lui consacre quelques lignes à peine¹, pour montrer sans doute à quel rang il était tombé en pratique. Quoi qu'il en soit de cet éclat de la dernière heure, n'insistons pas sur une forme dont la naissance ne présente pas assez d'originalité, la structure pas assez de nouveauté, le rôle pas assez d'importance pour entraîner de grandes conséquences juridiques.

¹ Justinien, *Inst.*, II, 10, p. 14. *Si quis autem voluerit sine scriptis ordinare jure civili testamentum, septem testibus adhibitis, et sua voluntate coram eis nuncupata, sciat hoc perfectissimum testamentum jure civili firmumque constitutum.*

CHAPITRE III.

INFLUENCE DU PRÉTEUR.

I.

On ajoute souvent à la liste que nous connaissons ce qu'on appelle *le testament prétorien*. Cette expression risque de donner lieu à une équivoque : si elle prétend simplement caractériser d'un mot l'influence du préteur en cette matière, on peut l'accepter ; mais elle éveille en même temps l'idée d'une forme nouvelle, soit dans sa conception, soit dans sa structure, et c'est à cet égard qu'elle induirait en erreur. Le préteur s'est contenté d'adoucir et de corriger les institutions existantes ; il n'a rien créé, il a seulement porté un remède à des prescriptions aussi rigoureuses que démodées. Rien n'est plus conforme au pouvoir qu'il avait reçu, au rôle qu'il remplissait à Rome au milieu du respect et de la vénération de ses concitoyens.

Comme tout magistrat romain, il portait à la connaissance du peuple, au moyen de ce qu'on appelait un Édît, soit les ordres ou indications qu'il avait à donner, soit les dispositions qu'il pouvait prendre relativement à l'exercice de ses fonctions. Ses attributions spéciales en matière de justice civile l'amenaient à faire connaître les règles de droit qu'il comptait suivre pendant

la durée de sa charge; c'était l'*edictum perpetuum*¹; les citoyens étaient ainsi avertis de la façon dont leurs différends seraient tranchés pendant ce laps de temps. L'année suivante, le successeur, libre de conserver ou de maintenir l'édit précédent, ne le reproduisait qu'autant que ses dispositions n'avaient pas perdu leur raison d'être. Grâce à l'exercice rationnel de ce droit², se constitua la législation prétorienne, dont le développement progressif³ convenait au génie des Romains ennemis des brusques changements, et qui fut à la fois assez fixe pour avoir une grande autorité et assez variable pour répondre aux nécessités et aux besoins de la pratique.

Or le mécanisme compliqué et mimique du testament *per æs et libram* était aussi dangereux qu'il était devenu incompréhensible : une inexactitude dans le cérémonial, l'absence de balance, une erreur dans la formule, et le testament tout entier était nul, il était *imperfectum*; quel péril pour un homme inexpérimenté ou imprudent! il peut être victime de sa légèreté, il peut être victime de la fraude. Où sont les avantages qui compensent ces inconvénients? On peut à l'origine rechercher des symboles qui traduisent plus commodément la pensée, rechercher un formalisme qui, en imposant la vigilance, est une garantie pour la liberté

¹ Par opposition à cet édit, il y avait l'édit rendu pendant le temps de la charge et à l'occasion d'un fait spécial, *edictum repentinum*.

² Voir Faure, *Le préteur romain*, p. 66 et s. Il combat énergiquement cette théorie, que l'œuvre de législateur, accomplie par le préteur dans son édit, a été le fruit d'une usurpation.

³ Le préteur, n'ayant qu'un pouvoir d'un an, se gardait de trop innover.

et la justice¹; on peut accepter ces symboles et ce formalisme lorsqu'un impérieux besoin exige un expédient et, dans ce cas de nécessité, les introduire dans une matière où ils deviennent sans signification et sans utilité; on peut enfin les y conserver un certain temps par suite des séductions esthétiques dont nous avons parlé. Mais il arrive un jour où le droit échappe à ses entraves matérialistes, où la volonté n'a plus besoin pour être saisie des mêmes signes sensibles; un jour, où l'analyse juridique se développe et où l'on apprécie exactement quelle protection réelle procure une forme, non seulement démodée, mais encore introduite par subterfuge. Nous sommes en présence d'un testament; sa notion juridique est dégagée; c'est un acte unilatéral de volonté. Pourquoi un *libripens* porte-t-il une balance? Que signifie le choc qu'elle va recevoir, le son aigu qu'elle va rendre; à quoi bon simuler un prix? Pourquoi obliger le *familiæ emptor* à prononcer des paroles inutiles, à promettre une surveillance qu'on ne lui demande plus, à jouer un premier rôle alors qu'il n'est qu'un simple figurant? Appelons les choses par leur nom; ce *libripens* et ce *familiæ emptor* ne sont que des témoins supplémentaires; dispensons-les de se conduire en comédiens et disons simplement que, lorsqu'il y aura sept témoins, ayant rempli les conditions que nous connaissons, le testament recevra quelque effet. D'autre part, quand le *de cujus* a montré les tablettes et qu'elles ont été signées et scellées à l'extérieur, qu'importe qu'il ait exactement employé la formule. Est-ce l'exactitude

¹ Le plus complet épanouissement de l'ère de la liberté marque aussi le règne de la plus pénible rigueur dans la forme. Ihering, *Esprit du droit romain*, III, 457.

de sa mémoire qui garantit sa liberté et assure la sincérité de ses déclarations? Pourquoi cette rigueur inutile? Nous ne sommes plus au temps où l'on perd son procès pour avoir prononcé, dans une *intentio*, *vites* au lieu de *arbores*¹. Voilà ce que disait l'opinion publique. — La marche du droit vers l'équité s'était accentuée; des écoles de philosophie avaient été ouvertes; des Grecs étaient venus donner des leçons d'éloquence²; on ne fondait plus la justice sur le commandement mais sur la raison éternelle³.

Le préteur se fit l'interprète des nouvelles idées et de la tendance générale, et il écrivit dans son édit : *Si de hereditate ambigitur et tabula testamenti non minus signis quam e lege oporteat ad me proferentur, secundum tabulas testamenti possessionem dabo.*

II.

Possessionem dabo; le préteur ne conférait donc pas en présence d'un testament *imperfectum* un droit analogue à celui que donnait le droit civil en présence d'un testament complet. Cela était au-dessus de ses moyens : il ne pouvait pas donner la qualité de *heres* à celui à qui la loi la refusait, pas plus qu'il ne pouvait créer *dominus* celui qui, tout en ayant un pouvoir loyal⁴ sur une

¹ Gaius, IV, 44.

² En l'année 604, trois députés d'Athènes, Drogène, Critolaüs, Carnéades, attirèrent par leur éloquence des Romains.

³ On connaît le célèbre passage de Cicéron dans son discours pour Milon : « *Est igitur non scripta, sed nata lex...* »

⁴ Maynz, *Cours de droit romain*, III, 490.

chose, n'avait pas acquis cette chose d'après le droit des *Quirites*. Mais de même que les magistrats réussirent à faire avoir au bonitaire une protection aussi efficace que celle assurée au *dominus ex jure Quiritium*, de même ils parvinrent à donner aux personnes, qu'ils voulaient investir du patrimoine d'un défunt, tous les avantages que renfermaient le droit d'hérédité proprement dit. On invoque ces détours et ces fictions dont usa le préteur et l'on soutient que son œuvre fut le fruit d'une usurpation habilement dissimulée. Sans insister sur les difficultés et l'impossibilité même qu'il y aurait eu à Rome à pratiquer et surtout à cacher une telle usurpation, ne peut-on pas dire que, si la législation nouvelle prit ainsi place à côté des anciennes règles sans les supprimer et les faire disparaître, cela tient d'abord à la nature même du pouvoir du préteur; limitée au point de vue du temps l'autorité de son édit était insuffisante pour effacer directement et à jamais les lois primitives; cela tient ensuite au caractère des Romains, si conservateurs qu'ils évitaient jusqu'à l'apparence des révolutions, si pratiques qu'ils se préoccupaient fort peu de l'existence d'entraves survivantes en droit, impuissantes en fait¹?

Cette *bonorum possessio* aboutissait, en effet, aux mêmes résultats qu'une hérédité propre; l'interdit *quorum bonorum* procurait à l'égard du patrimoine en question une possession qui, d'une part, acquérait par usucapion le caractère de domaine quiritaire, et que, d'autre part, le préteur protégeait d'une manière effi-

¹ Gaius, II, 4, *De bonorum possess.*, III, 9 : « *Nam prætor heredes facere non potest;..... sed cum eis prætor dat bonorum possessionem, loco heredum constituuntur.* »

cace en attendant l'usucapion¹. Obtenant ainsi l'émolument, le *possessor* devait assumer les charges; l'on donna aux créanciers des actions utiles contre lui; par une juste réciprocité, on lui accorda également contre eux des actions utiles. Dès lors, exerçant tous les droits et subissant toutes les obligations du défunt, il succédait dans le patrimoine entier aussi bien que l'*heres* : aussi finit-on par lui accorder une *petitio hereditatis*, qualifiée de *possessoria*, pour la distinguer de la pétition d'hérédité originaire.

Quoi qu'il en soit de cette analogie, on était arrivé à une grande simplification. Le testament écrit *per æs et libram* devenait un simple testament écrit; il suffisait que les tablettes eussent extérieurement les cachets et les noms de sept témoins; et l'on accordait la *bonorum possessio secundum tabulas*. En même temps, par une égale modification, le testament nuncupatif *per æs et libram* devenait un simple testament nuncupatif; il suffisait que la déclaration orale ait été faite en présence de sept témoins, toujours dans les mêmes cas de nécessité, et l'on donnait alors la *bonorum possessio secundum nuncupationem*. Dès lors la forme écrite et la forme nuncupative voyant disparaître en fait la solennité *per æs et libram* qui les unissait, s'isolèrent et se séparèrent de plus en plus; l'une et l'autre, oubliant leurs ressemblances effacées, affirmèrent les différences qui les caractérisaient et vécurent désormais côte en côte, en rivales; le testament nuncupatif, affranchi d'une sujétion ancienne, avait secoué sa nature exceptionnelle, conquis son indépendance, préparé son développement.

¹ Il donne au *possessor* une revendication utile comme s'il était héritier, *facto se herede*, Gaius, IV, 34.

CHAPITRE IV.

RÉFORMES IMPÉRIALES.

Nous sommes arrivés à l'époque la plus brillante de la jurisprudence; pendant une longue série d'années se succèdent tous ces jurisconsultes illustres dont les nombreux écrits passent encore chez les divers peuples pour la raison écrite. De leurs efforts et de leurs travaux sortit le plus heureux développement des lois civiles. Serait-ce parce que dans un empire, où les droits publics sont nuls, on porte son attention et sa science sur les droits privés, qui deviennent d'autant plus précieux qu'ils sont les seuls qu'on ait encore? Au milieu de cette féconde floraison, le testament reçoit comme toutes les matières voisines, une puissante impulsion; à la suite de cette élaboration de plusieurs siècles il atteint son perfectionnement. — Or, lorsque nous avons découvert que la notion du testament était désormais acquise, nous avons annoncé que l'évolution juridique avait encore trois étapes à franchir, trois devoirs à accomplir : un devoir de simplification, un devoir de protection, un devoir d'humanité. Le prêteur a rempli le premier, mais il n'y est arrivé qu'en organisant côte à côte deux législations antagonistes; les empereurs rétabliront l'unité et réaliseront les deux autres progrès; nous les verrons en même temps, pour des

causes diverses, créer des privilèges dans notre matière de droit privé. Nous avons donc encore à présenter quelques observations sur les quatre points suivants : 1° retour à l'unité ; 2° augmentation des garanties ; 3° extension de la capacité de tester ; 4° concession de privilèges. C'est à cela que se résume l'œuvre impériale.

I.

En l'an 339 de l'ère chrétienne, Constantin II, fils de Constantin le Grand, supprima la nécessité des formules sacramentelles dans les dispositions de dernière volonté : *Et in postremis ergo judiciis ordinandis amota erit solemnium sermonum necessitas, ut qui facultates proprias cupiunt ordinare, in quacumque instrumenti materia conscribere, quibuscumque verbis uti, liberam habeant facultatem* (15, C., *De testamentis*, VI, 23) ; c'était le commencement d'une réforme générale que réalisa trois ans après Constance, en prononçant l'abolition radicale dans tous les actes de ces pièges de syllabes tendus aux parties : *Juris formulæ, ancupatione syllabarum insidiantes, cunctorum actibus radicitus amputentur* (1, C., *De form. et impet.*, II, 58). C'est la marche commune des sociétés d'abandonner ainsi la forme corporelle pour s'attacher à l'esprit¹. Saluons cependant à son départ ce formalisme rigide qui avait été le plus ferme rempart contre l'arbitraire ; les fiers républicains l'avaient accepté, comprenant que plus ils seraient esclaves de la loi, plus ils seraient libres² ; il disparaît le

¹ Ortolan, *Histoire et général. du droit romain*, p. 390.

² Gide, *Étude sur la condition de la femme*, p. 103.

jour où la liberté périt et où le bon plaisir monte sur le trône.

En ce qui concerne le testament, cette disposition ne fut qu'heureuse ; elle avait du reste été déjà devancée par la soucieuse protection du prêteur ; désormais on n'eut plus besoin de solliciter les secours qu'il accordait de lui demander la *bonorum possessio* ; dans les cas où ce remède était offert, le mal avait cessé de naître ; le droit civil concédait lui-même une hérédité proprement dite ; le formalisme, qui avait été vaincu d'une façon détournée, l'était maintenant d'une façon officielle. Le testament écrit et le testament nuncupatif, dont nous connaissons la simplification, créaient un véritable *heres* ; il n'y avait plus de *bonorum possessor* ; l'unité dans les effets, qui avait été le point de départ de la législation romaine, se trouvait rétablie.

II.

Débarrassée de ses entraves symboliques et formalistes, la volonté humaine est désormais toute-puissante, dans les limites légales naturellement. Il importe seulement d'avoir la certitude de sa libre manifestation, de réduire la fraude, d'empêcher les simulations d'écritures, d'augmenter les garanties. L'intervention de tout un peuple, la solennité même de la *mancipatio* remplissaient autrefois ce rôle protecteur ; il faut maintenant aviser à d'autres moyens ; l'innovation impériale consista à exiger dans l'intérieur du testament écrit, dont on se préoccupait exclusivement¹, la signature du testa-

¹ Le testament nuncupatif était rarement employé : il permettait

teur et la signature des témoins. Déjà, dans le même but, on avait imposé aux témoins d'apposer à l'extérieur leurs cachets et leurs noms (*signatio et adscriptio*)¹, précisément au moment où les formalités *per æs et libram* disparaissaient en fait par suite de la concession de la *bonorum possessio*; et le préteur avait même déclaré, dans son Édît, qu'il n'accorderait son secours que si cette condition était remplie². Ce fut persévérer dans cette voie que d'exiger des signatures intérieures (*subscriptio*). Sans doute ces précautions successives avaient été imaginées, introduites et consacrées par l'usage; avec la quantité des transactions augmentant sans cesse, avec le développement des fortunes et la formation de plus en plus nombreuse de contrats de toute sorte, les commerçants et les hommes d'affaires avaient pris l'habitude d'être prudents et avaient inventé de sages moyens de contrôle et d'authenticité : de là l'emploi de signatures et de cachets. Cette prudence s'étendit au testament et le droit imposa peu à peu ce que les mœurs avaient établi³. Théodose II, codifiant la matière dans

de gratifier ostensiblement une personne dont on voulait se ménager les faveurs, et n'empêchait pas de tout révoquer ensuite par un second testament écrit (Auguste lui-même fut victime d'un trait pareil); sa publicité souvent trompeuse contribua à le discréditer dans l'opinion publique. Au surplus sa forme même se refusait aux garanties dont nous parlons.

¹ De cette façon les témoins étant connus pouvaient être convoqués pour l'ouverture du testament.

² C'est ce qui a permis à Justinien de dire que la nécessité des cachets et des noms était une invention du préteur. Nous savons que le préteur n'innova en aucune façon; qu'il se contenta de remédier à un *testamentum imperfectum*; nous nous en tenons à l'autorité de Cicéron mentionnée plus haut.

³ L'usage de signer les testaments existait déjà du temps d'Ul-

la loi fameuse *Hac consultissima* (21, C., *De testam.*, VI, 23), décréta législativement la dernière de ces mesures, la nécessité de la *subscriptio*. Analysons rapidement les diverses formalités qui, d'après cette loi, composent le testament de droit commun :

1° Il faut d'abord que le testament soit écrit ; cela est essentiel. Cette écriture peut être soit de la main du testateur, soit de celle de quelque autre personne ; mais il faut alors qu'il soit certain que le testateur a dicté le testament, ou, du moins, qu'il n'y ait pas présomption contraire. Peu importe que l'écrivain ait été un homme ou une femme ; la loi *Cornelia de falsis* (15, 5) prouve que les femmes pouvaient servir à ce ministère. Peu importe également que l'écrivain soit libre ou esclave, que ce soit même l'esclave d'autrui, pourvu qu'il ait agi *jussu testatoris* (28, D., *Qui test. fac. possunt*). Peu importe enfin que la rédaction soit en langue latine ou grecque, qu'elle soit mise sur du papier, du parchemin ou toute autre matière (Inst., 12, *De test., ordin.*). La loi accorde donc les plus grandes facilités pour remplir cette première condition.

2° Il faut en second lieu la présence simultanée de sept témoins, citoyens romains, mâles et pubères. Nous avons dit que, par souvenir de la convocation devant les curies, ils devaient avoir été requis et priés d'assister à la confection du testament. Leur nombre de sept avait été mis en évidence par le droit prétorien.

3° Le testateur doit alors présenter à ces témoins, ouvert ou plié, l'acte où sont contenues ses dernières

pien et de Paul, ainsi que cela résulte des lois 30 et 32, D., *Qui test. fac.*, XXVIII, 1.

volontés; il leur déclare que c'est son testament et le signe sous leurs yeux; toutefois s'il ne sait ou ne peut, il sera remplacé par un huitième témoin. Justinien diminua la portée de cette première partie de la formalité, en décidant que cette signature du testateur serait inutile, lorsque, dans le corps de l'acte, il aurait déclaré l'avoir écrit tout entier de sa propre main et que cette déclaration serait conforme à la vérité. (Loi 28, C., *De test.*, VI, 23)¹. Les témoins doivent ensuite mettre leur signature également à l'intérieur; ils savent à ce moment qu'ils signent un testament, mais ils peuvent en ignorer les dispositions; le testateur a eu la faculté de leur présenter l'écrit enveloppé de manière à ne laisser à découvert que la place destinée aux signatures. Telle est la *subscriptio*.

4^e On clôt alors le testament et l'on procède à la quatrième et dernière formalité, à la signature des témoins (*adscriptio*) et à l'apposition de leurs cachets (*signatio*) sur la partie externe ou l'enveloppe. La loi 30 (D., *Qui test. fac. pos.*), exige encore que chaque témoin, en apposant son seing, exprime en même temps le nom de celui dont il souscrit le testament; la formule était : *Ego Lucius Titius Gaii testamentum signavi*; il est vrai que les lois de Théodose et de Justinien ne disent rien de cette déclaration; mais nous la trouvons dans des exemplaires de testaments anciens qui nous ont été conservés.

5^e Ajoutons enfin que ces diverses formalités doivent être remplies *uno contextu*, c'est-à-dire dans le même

¹ Le testament est alors appelé par cette loi 28 *testamentum olographum*, mais il diffère essentiellement du testament olographe du Code civil, art. 970 (Maynz, *Droit romain*, III, p. 305).

temps, tout de suite, sans diversion à aucun autre acte. Nous n'entrerons pas dans les détails sur les interruptions momentanées et nécessaires que règle avec de longs développements la loi 28 au Code (*De testamentis*, VI, 23); rappelons seulement que cette unité de contexte était un legs des anciennes formes, particulièrement des réunions des curies.

Songeant du reste aux alluvions successifs dont s'était enrichi le testament de droit commun, les empereurs l'appellèrent *tripertitum*, et il a gardé ce nom de *tripartite* qui indique les trois sources qui ont servi à le former : au droit civil appartiennent l'*unus contextus* et la nécessité de recourir à des témoins; nous ajouterons même, malgré Justinien, l'obligation pour ces derniers de mettre leurs noms et leurs cachets à l'extérieur. Le nombre de ces témoins rappelle la simplification prétorienne. Enfin la nécessité des signatures intérieures est l'élément apporté par les réformes impériales. Nous accepterons d'autant plus volontiers cette appellation qui caractérise et résume le développement progressif de la forme, que nous avons essayé dans cette étude de montrer la persistance des idées primitives, la lente transformation des institutions, le lien intime qui rattache le passé au présent.

Que penser de cette dernière forme du testament romain? Notre Code a fait un grand pas; il a considéré que la preuve serait suffisamment faite et la protection assez assurée, lorsqu'on présenterait un testament écrit en entier et signé de la main du *de cujus*¹; il a sup-

¹ L'article 970 exige bien encore la date; mais sur ce point, en droit romain, il y a des textes contradictoires; il semble qu'il fût d'usage de mettre la date (Suétone, *Vie d'Octave*, 401, et Dig., 2,

primé, pour le testament de droit commun, l'intervention des témoins. Le droit romain n'est pas allé jusque-là; il a toujours conservé la marque de la première conception du testament, de la nécessité de tout un peuple ou tout au moins de certains représentants pour garantir une opération exceptionnelle, de la nécessité de certaines personnes pour donner aux actes juridiques, non seulement la facilité de la preuve, mais encore le sceau de l'autorité publique. Est-ce le souvenir d'un passé, devant cependant aller sans cesse en s'affaiblissant, qui a ainsi retenu les Romains? Est-ce l'antique préférence pour la preuve testimoniale, qui n'est guère, du reste, qu'une autre face ou une conséquence de la même idée? Est-ce le désir de conserver une certaine solennité à un acte, qui avait d'abord paru anormal, et que les lois, comme les mœurs, avaient ensuite accepté avec faveur sans vouloir en amoindrir l'importance? Ne serait-ce pas surtout l'intuition des difficultés et des procès, que pouvait et devait soulever la simplicité extrême de notre forme olographe, aussi bien à cause de la fraude et de la captation que des méconnaissances d'écritures?

III.

Jusqu'à présent, nous avons vu les Romains concevant d'après leurs tendances et leurs mœurs une forme de tester, et, ce type créé, l'appliquant avec une rigoureuse logique sans se demander si quelques individus

6, *Testamenta quæmud.*, XXIX, 2); mais que ce n'était pas obligatoire (Voir à ce sujet un passage de Modestin), sauf dans le testament *inter liberos* que nous signalons plus loin.

pouvaient en souffrir; leur droit égoïste et dur n'aimait pas les exceptions; l'amour de l'ordre et de la discipline excusait ce que la rudesse primitive acceptait. Le testament *calatis comitiis* était loin d'être accessible à tous; la *familiæ mancipatio* engendrait aussi de nombreuses incapacités. Sans doute, nous savons qu'elles ont diminué avec le perfectionnement du testament *per æs et libram*; sans doute, nous savons que les femmes, à partir d'Adrien, ont été complètement affranchies à ce point de vue, et que les étrangers ont obtenu sous Caracalla le droit de cité. Ce n'est pas assez : il faut songer aux faibles, aux infirmes, aux malheureux; il faut proclamer l'existence et faciliter l'exercice des droits de tout être humain, quelles que soient les imperfections de sa nature, quelles que soient les lacunes de son éducation; il faut que le droit s'humanise¹. Sous l'influence de la philosophie grecque, le droit de Rome s'est transformé; Cicéron, conciliant les rêves brillants de Platon et la méthode plus expérimentale d'Aristote, a écrit ses admirables traités des Devoirs, de la Divination, de la Nature des Dieux²; Sénèque a développé les plus hautes idées sur la dignité de l'homme; Épictète, Marc-Aurèle, Ulpien proclament à l'envi l'égalité de tous. En même temps, le christianisme s'est répandu, faisant naître dans les âmes des pensées de

¹ Le testament *in procinctu* et le testament nuncupatif ont bien été des dérogations au droit commun; mais elles ne se rattachent pas au point de vue que nous considérons; elles avaient été établies par considération de nécessités qui pouvaient frapper tout le monde.

² Ces deux derniers méritèrent l'honneur d'être brûlés, par les ordres de Dioclétien, avec les livres de la piété chrétienne. Tropolong, *Infl. du christ. sur le droit civil*, p. 71.

modération, d'amour et de charité¹; il a pris sous sa protection les déshérités et les opprimés. C'est alors qu'on est venu au secours de ceux que l'éducation, que les infirmités, physiques ou morales, que l'âge même empêchent de profiter du droit commun. De là une série de formes particulières de tester que nous allons rapidement signaler :

1° Nous avons déjà dit que, lorsque le testateur ne sait ou ne peut signer, il est remplacé par un huitième témoin.

2° Justinien, considérant les difficultés et souvent même les impossibilités que les gens de la campagne, les *rustici*, pouvaient rencontrer², réduit à cinq le nombre des témoins lorsqu'on n'en pourrait trouver un plus grand nombre. Il va même plus loin; si l'on ne peut se procurer cinq témoins lettrés, il suffira qu'il y en ait parmi eux un ou deux capables de signer; mais alors il sera nécessaire que les cinq connaissent la volonté du testateur et surtout le nom des héritiers, afin de pouvoir en rendre témoignage, le cas échéant, après la mort du *de cujus*.

3° Autrefois, les *aveugles* ne pouvaient tester qu'en la forme nuncupative. Ce ne fut qu'en 521 qu'une constitution de Justin détermina pour eux des formes particulières pour empêcher les fraudes; plus tard, Justinien en prescrivit l'observation à peine de nullité³. Le testateur et les témoins étant réunis, un *tabularius* in-

¹ Ortolan, *Hist. et généralis. du droit romain*, § 45.

² Justinien nous dit que de tout temps on fut, à l'égard des *rustici*, un peu tolérant pour l'observation des formes.

³ *Cæcus non potest facere testamentum nisi per observationem quam lex divi Justinii patris mei introduxit* (4, Inst., II, 12).

tervient pour écrire lui-même toutes les dispositions testamentaires sous la dictée du testateur ou, si elles ont été écrites d'avance par un tiers, pour en donner lecture à haute voix. De plus, il doit, comme les témoins, apposer sa signature et son sceau. Dans les localités qui n'ont pas de *tabularius*, on prend à sa place un huitième témoin dont le rôle est absolument le même.

4° Les *sourds et les muets* n'avaient pu figurer ni dans les comices par curies, ni dans la *familix mancipatio*; plus tard, ils eurent besoin, pour faire un testament valable, de l'autorisation du prince (7, Dig., XXVIII, 1). Justinien supprima cette entrave; une constitution de cet empereur, insérée au Code (10, C., VI, 22), décida que le sourd-muet de naissance ne pourrait tester dans aucun cas, mais que celui qui aurait été victime d'un accident pourrait faire un testament écrit; de même le muet; quant au sourd, il peut aussi bien employer la forme nuncupative que la forme écrite.

5° Lorsque le testateur est atteint d'une maladie contagieuse, il eût été dangereux d'exiger la présence simultanée des témoins et du testateur. Aussi une constitution de Dioclétien et Maximien décide-t-elle que, dans ce cas, il n'est pas nécessaire de réunir tous les témoins au même moment¹. Chacun d'eux, séparément, va auprès du malade écouter et signer ses dispositions; sauf cette exception, toutes les autres règles de droit commun doivent être observées.

6° Il se peut que le défaut d'intelligence ne permette pas à un citoyen *sui juris* de disposer de ses biens; l'usage s'introduisit alors de faire le testament des *insensés*.

¹ C'est que les commentateurs appellent le testament *en temps de peste*.

Paul nous apprend que le père pouvait agir ainsi à l'égard de son fils fou avec l'autorisation du prince. Justinien accorde à tout ascendant la faculté de faire le testament des insensés pour le cas où ils décéderaient sans avoir recouvré la raison (L. 9, C. VI, 26). Ce fut la *substitution quasi-pupillaire*.

7° Elle était ainsi nommée, parce qu'elle était calquée sur une pratique plus ancienne qui avait pour but de suppléer à l'obstacle résultant de l'âge, et qu'on nommait *substitution pupillaire* : en faisant son testament, le père pouvait en même temps faire celui de l'impubère placé en sa puissance immédiate; à l'origine, il devait commencer par l'instituer; le tiers ne venait donc sur les biens paternels qu'en seconde ligne, d'où l'expression de substitution; plus tard, cette transmission de l'hérédité paternelle à l'impubère n'étant plus nécessaire, on ne peut y apercevoir qu'un attribut de la puissance paternelle. Nous n'entrerons pas dans les détails de cette création originale du droit romain; disons seulement qu'il faut que le père fasse toujours et d'abord son testament, qu'ensuite il peut tester pour son fils, soit dans le même acte, soit par acte séparé. La substitution s'évanouit si le pupille arrive à l'âge de puberté.

IV.

On ne se contenta pas de restituer en leurs droits le malheur et l'infirmité. La domination impériale, qui, en matière politique, n'eût pas assez d'avoir établi l'égalité dans la servitude et s'entoura ensuite de hauts dignitaires et de courtisans privilégiés, se mit également en droit privé, même en matière de testament, à créer des immunités et des faveurs pour flatter un parti, servir un

intérêt, développer une institution; elle dépassa alors la mesure avec plus ou moins d'injustice suivant les cas.

1° Le privilège que nous condamnerons surtout, non pas tant à cause des règles qu'il établit qu'à cause de l'esprit qui le dicte, est celui accordé aux militaires pour leurs testaments. Jadis la forme *in procinctu* n'avait pas été une faveur, elle avait été créée pour tous les membres de la cité qui étaient tous soldats. Il y a maintenant une armée permanente dont l'influence va sans cesse grandissante; c'est elle qui élève sur le trône, c'est elle qui en fait descendre; et les empereurs cherchent sans cesse à se concilier les suffrages¹ de ces légions qui leur ont donné la puissance et peuvent encore la leur retirer. Ulpien nous apprend que Jules César, le premier, accorda aux soldats des franchises pour la confection de leurs testaments, mais sous forme de concessions temporaires (1, Dig., *De testam. milit.*). Ces faveurs furent confirmées et étendues par Titus et Domitien. Nerva et Trajan les rendirent définitives et perpétuelles, et les successeurs de ces empereurs, jusqu'à Justinien, continuèrent dans cette voie. — Les avantages compris dans le *privilegium militis* se rapportaient également aux règles intrinsèques, à la capacité, aux effets; à plusieurs points de vue ils réalisaient de réels progrès, et n'avaient plus qu'un défaut, celui d'être réservés à quelques-uns. Nous avons à parler seu-

¹ Antonin (3, VI, 21) et Justinien (pr., Inst., II, 41) disent bien que les faveurs accordées aux militaires en matière de testaments auraient eu pour cause leur ignorance et leur simplicité; cette raison est mauvaise car ces privilèges étaient applicables aux officiers, et de plus, dit M. Accarias, comment prétendre qu'en devenant militaire un citoyen perde l'intelligence qu'il pouvait avoir, ou qu'en devenant vétéran un soldat acquière celle qui lui manquait?

lement de ce qui concerne la forme : à cet égard, le privilège est aussi considérable que facile à indiquer : les militaires testent comme ils veulent, comme ils peuvent, leur *nuda voluntas* suffit; qu'elle s'exprime en termes quelconques, qu'elle résulte d'un geste ou d'un signe, peu importe; il suffit qu'elle soit certaine¹. Il était difficile d'être moins exigeant.

2° Le désir de faire intervenir le plus souvent possible les représentants de l'État dans les actes de la vie privée, la pensée d'affirmer ainsi le principe d'autorité et d'augmenter la centralisation, l'espoir enfin d'obtenir des ressources financières, tels furent les motifs qui firent admettre ce qu'on appela les *testamenta publica*. — I. D'abord le *testamentum principi oblatum*; le testateur adressait sa disposition de dernière volonté à l'Empereur; celui-ci y apposait sa signature, et l'acte était conservé dans les archives de la couronne; aucune autre formalité n'était exigée. — II. Il en était de même dans le *testamentum apud acta*; le testateur se rendait devant l'autorité judiciaire ou municipale et y faisait verbalement sa déclaration qui s'appelait *publicatio*; un procès-verbal était dressé, signé du juge ou du magistrat et déposé dans les archives.

3° De leur côté, les empereurs chrétiens encouragèrent les dispositions en faveur de l'Église; avec leur tolérance et même leur approbation tacite, les interprètes accordèrent tant de faveurs et de concessions à

¹ Il faut aussi évidemment qu'elle soit sérieuse, il est bien superflu de dire, comme le fait la loi 24 (Dig., *De test. milit.*), qu'on ne regardera pas comme un testament, les paroles qui viendraient sur les lèvres d'un militaire dans une conversation insignifiante : « Je te fais mon héritier, je te laisserai ma fortune. »

ces testaments qu'ils furent dispensés de toutes les formalités et qu'on exigea une simple preuve de la volonté *quodam modo*. La législation n'avait pas édicté cette dérogation au droit commun¹; en fait cependant, on pouvait dire que le testament *en faveur de la cause pie* était mis, suivant la remarque de Furgole, au même niveau privilégié que le testament *inter liberos*.

4° C'est ce dernier testament qu'il nous reste encore à signaler au nombre des privilégiés. Nous ne ferons plus les mêmes critiques à la faveur dont il jouit; parce que, d'une part, il s'agit d'un bienfait qui est à l'usage de tous, et parce que, d'autre part, les rapports des personnes en présence modifient la nature de l'acte : il s'agit du testament écrit par lequel un ascendant institue pour héritiers ses descendants immédiats, sans concours d'autres personnes; c'est, en définitive, un arrangement de famille, un partage par destination du père de famille. De tous temps, la jurisprudence romaine s'était ici montrée clémente à propos de l'observation des formalités; des constitutions de Constantin, Théodose II et de Justinien accordèrent des privilèges divers; la Nouvelle 117 codifie la matière; de ses dispositions assez compliquées, il semble suffire que la dernière volonté de l'ascendant soit constatée par un document, dans lequel il a écrit lui-même, d'abord la date du testament, ensuite le nom et les parts respectives des institués. N'est-ce pas, et ce sera là notre dernier mot, dans ce testament exceptionnel que notre Code civil a trouvé notre testament de droit commun?

¹ Voyez la loi 43 (C., *De sacrosan. eccles.*, I, 12) qui consacre toute liberté testamentaire au profit de ces œuvres, mais sans dispenser d'aucune des formalités : *ut omnibus modis ratum firmitque consistat*.

CONCLUSION.



Nous avons annoncé trois points de vue; résumons ce que nous avons découvert de chacun d'eux :

Le critique peut d'abord admirer les diverses formes que nous avons aperçues au cours de cette étude, l'originalité de leur dessin, la variété de leur coupe, la succession de leurs métamorphoses. C'est en premier lieu une loi solennelle, au port imposant, à l'allure aristocratique; elle a l'énergie puissante, mais ne sait se plier aux nécessités de la vie, aux besoins de la foule, et, aussi fière qu'incommode, réserve ses faveurs à quelques privilégiés. Bientôt, sous les apparences modestes d'un simple contrat, s'introduit timidement une forme plébéienne; elle est bonne pour tous les temps et pour toutes les personnes; cette généreuse aptitude fait oublier sa rugueuse enveloppe et ses grossières imperfections; on n'aperçoit que ses services, on l'accueille avec joie; elle a une vogue de plus en plus grande, détrône sa rivale et la parvenue règne en souveraine. Maîtresse du champ de bataille, elle songe à s'améliorer, à s'épurer; elle se souvient et s'inspire de celle qu'elle a vaincue, et de ce savant ajustement sort la conception moderne du testament; c'est maintenant un acte unilatéral, souple, flottant et incertain jusqu'au décès du testateur. Il faut encore le débarrasser de certains ornements primitifs, de décorations formalistes, c'est

l'œuvre du préteur; il faut augmenter son effet protecteur, le rendre accessible aux plus humbles, et même, puisque telle est la faiblesse humaine, le faciliter à quelques privilégiés : c'est l'œuvre impériale.

Au point de vue juridique, n'avons-nous pas, dans l'usage de ces formes qui ont tour à tour défilé devant nous, deviné l'origine de plusieurs règles de droit? Nous avons cru expliquer ainsi presque tous les principes fondamentaux et caractéristiques de testament romain; nous ne retiendrons qu'un exemple : Pomponius croit justifier l'adage : *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, en disant que le principe de la succession testamentaire et celui de la succession *ab intestat* sont inconciliables de leur nature¹; c'est faire peu de cas de son entendement ou de celui des autres que de se contenter d'une pareille appréciation et d'employer pour la répandre tout l'art de la dialectique; au lieu de fournir de telles explications il vaut peut-être mieux, dit M. Accarias², avouer son ignorance, et répéter, après le jurisconsulte Julien³, qu'il y a des institutions anciennes dont on ne peut pas pénétrer la raison d'être. Soit; mais il vaut encore mieux chercher à réduire le nombre de ces problèmes insolubles, et nous avons pu éprouver quelque satisfaction à présenter, avec Ihering⁴, cette règle mystérieuse comme le complément indispensable de l'ancien testament *calatis comitiis* : l'exactitude de ce motif histo-

¹ 7, Reg. Juris : *earumque rerum naturaliter inter se pugna est.*

² Accarias, *Droit romain*, I, p. 838.

³ L. 20, *De legib.*, I, 3.

⁴ Ihering, *Esp. du droit romain*, IV, 443.

rique ne peut être démontrée, mais n'y a-t-il pas une vraisemblance suffisante?

Enfin l'élaboration d'une évolution juridique si variée et si fertile devait mettre en activité les qualités de l'esprit romain. Nous trouvons comme point de départ le triomphe de la force et du privilège, des règles austères et dures, la nécessité de symboles et de formalisme; peu à peu tout s'est modifié : les efforts de la plèbe ont amené l'égalité; le commerce avec les autres peuples et, en particulier, l'influence de la philosophie grecque, ont adouci les mœurs et les institutions; enfin la science juridique a dégagé les pures notions, s'est attachée à l'idée, a construit avec le plus grand art des théories rationnelles. Dans ces progrès successifs apparaît le caractère des Romains : en politique, une ambition ardente, s'alliant à l'énergie et à la persévérance dans la volonté, leur a donné l'empire du monde; de même, en droit, leur amour du perfectionnement fut également fécond, parce qu'il eut aussi à son service les deux avantages de cette volonté énergique et persévérante : la logique rigoureuse et l'esprit conservateur. C'est grâce à ses qualités que la marche de leur civilisation fut lente et constante, sans secousse comme sans arrêt, et que, le passé revivant dans le présent, le développement brilla par l'unité et la continuité : nous avons vu cette évolution dans la forme; elle ne peut être que le reflet d'une évolution semblable dans le fond des institutions, et c'est à cause des rapports entre l'expression extérieure et la notion juridique que nous avons refusé de croire à de radicales transformations du pouvoir même de tester. Pouvons-nous tirer une conclusion de cette étude? Est-il utile, en présence du travail remarquable

de ce peuple disparu dont nous essayons de faire l'histoire, de recommander les vertus qui ont préparé et assuré son succès et sa grandeur? Faut-il dire que les constitutions juridiques n'ont de stabilité que lorsque, comme des résolutions d'un homme de caractère, elles sont basées sur la force de la volonté, et que la solidité dans le résultat ne s'acquiert que par une marche insensible, persistante et laborieuse? Tout cela est vrai. Mais chaque peuple a son tempérament, son génie, son éducation, son milieu, son passé; le droit ne doit et ne peut être que le produit de tous ces facteurs; et, en face de leur perpétuelle influence, la raison humaine, comme puissance créatrice, se réduit à peu de chose. Contentons-nous donc de conclure plus simplement, mais tout aussi utilement, et cette thèse tout entière nous y engage, que des motifs psychologiques et pratiques, moraux et historiques expliquent seules les origines d'une législation déterminée, et que pour la perfectionner il faut encore s'inspirer de ces considérations.



DROIT FRANÇAIS.

DE LA NOTION DE L'ORDRE PUBLIC

EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

A son berceau l'humanité excluait l'étranger de tout droit; arrivée au terme de son perfectionnement, elle formera une grande famille au sein de laquelle régneront la fraternité et l'égalité.

(LAURENT, *Droit civil international*, II, p. 66.)

INTRODUCTION.

Quels que soient les principes que l'on invoque en droit international privé, qu'on partage les méfiances de la jalouse Angleterre ou qu'on accepte les règles libérales du nouveau Code italien, qu'on borne, par suite, étroitement le domaine d'application des lois étrangères ou qu'on leur laisse un plus large empire, il est une notion qui apparaît toujours comme une extrême limite, c'est celle que nous nommons généralement en France *ordre public*. Tous les auteurs l'enseignent, des législations prévoyantes l'imposent, les jurisprudences la consacrent.

« Nous appliquons en général, écrit Valette, sur Proudhon (*De l'état des personnes*, I, 85), à l'étranger la loi personnelle; mais ce principe souffrira des modifications dans notre intérêt. Nous ne reconnaitrons pas chez nous un état que nos lois considèrent comme contraire à l'ordre public. » — « Il ne faut pas, dit Demolombe (*Code civil*, I, p. 410), que l'application de la loi personnelle étrangère puisse compromettre l'ordre public. » — Les plus récents précis de droit international privé indiquent nettement cette restriction : « Dans tous les conflits qui peuvent s'élever entre la loi personnelle de l'individu et la législation locale, il faut, avant tout, rechercher si l'intérêt général de l'État ne réclame pas l'application exclusive de cette dernière. Et nous nous trouvons ainsi amenés à mettre en regard des lois d'intérêt exclusivement particulier, dont l'étranger peut invoquer la protection loin de son pays, les lois d'intérêt général qui s'imposent toujours à son observation sur le territoire où elles ont été édictées. Nous comprendrons ces dernières sous le nom d'ordre public international. » Weiss, professeur agrégé à la Faculté de droit de Dijon, *Traité de droit intern. privé*, 1886, p. 517. — « Tout étranger a le droit de conformer ses actes civils à sa loi nationale, sauf pour l'État, sur le territoire duquel ces actes civils seraient accomplis, le droit et le devoir de les interdire ou de les annuler, s'ils étaient de nature à compromettre son existence politique, sa prospérité sociale, le maintien de l'ordre public et le respect des bonnes mœurs. » Durand, *Essai de droit intern. privé*, 1886, p. 246. — « On peut établir comme un principe de droit international privé que chaque État doit accepter sur son

territoire l'application de la loi étrangère à un rapport de droit, quand elle est commandée par la nature de ce rapport, sous la seule réserve de faire toujours respecter ce qui, d'après sa propre législation, est considéré comme étant d'*ordre public*. » Despagnet, professeur agrégé à la Faculté de droit de Bordeaux, *Précis de droit intern. privé*, p. 26¹. — L'Institut de droit international privé a voté, dans sa session d'Oxford, la résolution suivante : « En aucun cas, les lois d'un État ne pourront obtenir reconnaissance et effet dans le territoire d'un autre État si elles y sont en opposition avec le droit public ou avec l'*ordre public*. » *Annuaire de l'Institut de droit intern.*, t. V, p. 57.

Si telle est la doctrine, les textes législatifs qui s'occupent de cette question expriment la même décision. Dans cet ordre d'idées, mais avec une rédaction malheureuse et insuffisante, le Code civil dit déjà dans son article 3 : « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. » Le Code civil italien est plus précis : aux termes de l'article 12 de ses

¹ Les auteurs étrangers tiennent un langage équivalent. Voyez Laurent (*Droit civil intern.*, II, p. 346) : « Les lois relatives aux droits de la société reçoivent leur application, quelle que soit la nationalité des parties intéressées, quelle que soit la nature des biens, quel que soit le lieu du contrat. » — Brocher de la Fléchière, professeur à l'Université de Genève (*Principes naturels de droit intern. privé*; V. *Revue de droit intern. privé*, 1885, p. 323) : « Il est des cas dans lesquels le justicier doit s'en tenir strictement à son droit propre; il doit le faire pour tout ce qui concerne le maintien de l'*ordre public* dans son territoire. » — V. Bar, *Das internationale Privat und Strafrecht*, § 33; Fiore, *Droit intern. privé*, trad. Pradier-Fodéré, p. 52; Esperson, dans le *Journal du droit intern. privé*, 1880, p. 253; Asser et Rivier, *Éléments de droit intern. privé*, p. 59; Brocher, *Cours de droit intern. privé*, I, p. 106.

dispositions préliminaires, jamais les lois, les arrêts et les sentences d'un pays ne peuvent déroger aux lois du royaume relatives à l'*ordre public* ou aux bonnes mœurs. — Des accords diplomatiques conclus les 24 mars 1760, 11 septembre 1860 entre la France et la Sardaigne, du traité franco-badois de 1846 et du traité franco-suisse du 15 juin 1869, il ressort que les cours, en déférant aux demandes d'exécution des jugements rendus dans chacun des deux États, examinent entre autres points si les règles de droit public ou les intérêts de l'*ordre public* ne s'opposent pas à l'exéquatur (Voir le *Journ. du droit intern. privé*, 1885, p. 403).

Obéissant à ces textes ou suppléant leur silence, la jurisprudence proclame le même principe. Un arrêt de cassation du 25 mai 1868 l'exprime notamment avec beaucoup de netteté : « Attendu que, si en principe
« l'étranger reste soumis aux lois de son pays, la loi
« étrangère n'est toutefois applicable par les tribunaux
« français qu'autant que son application n'est pas con-
« traire aux règles qui sont considérées en France
« comme tenant à l'*ordre public*; que de telles règles,
« de même que les lois de police et de sûreté, obligent
« sans distinction d'origine ou de nationalité tous ceux
« qui se trouvent sur le territoire français » (S. 68.1. 365). On pourrait donner de nombreux exemples; signalons-en seulement un de récent; c'est un arrêt de la cour de Rouen du 5 janvier 1887 (*Journ. du droit intern. privé*, 1887, p. 183) : « Attendu, est-il dit, que le
« principe invoqué du statut personnel, suivant en tous
« cas le sujet anglais à l'étranger, se heurte ici à un in-
« térêt d'ordre et au droit français contraires; qu'il se
« rencontre ici un principe supérieur ayant sa raison

« d'être et sa base dans des considérations d'*ordre public* et qui ne saurait pour cette raison être écarté¹. »

Quelle est donc cette restriction qu'on indique de tous côtés avec un remarquable accord?

En ce qui concerne sa légitimité, aucun doute n'est possible ; une telle barrière s'impose : elle est apparue le jour où le droit international privé est né. Lorsque le législateur, abandonnant ses tendances exclusives et jalouses, a admis, dans une plus ou moins grande mesure, les étrangers à la participation des droits civils ; lorsque, s'inspirant de considérations généreuses ou pratiques, il a autorisé dans certains cas les tribunaux à appliquer les lois étrangères ; lorsque enfin il n'a plus fait dériver cette attitude d'une concession gracieuse, d'un acte de courtoisie, mais lui a donné pour fondement scientifique le principe de justice et l'idée de droit, il a dû, sous peine d'abdication ou de déchéance, affirmer et revendiquer en même temps la souveraineté de l'État. La souveraineté d'un État est la condition et le signe de son existence ; la compromettre, c'est le mener à sa perte ; la garantir est le premier de ses devoirs ; devant cette question primordiale, toutes les autres s'effacent ; le droit de la généralité domine tous les droits individuels. Il serait par suite dangereux, il ne peut pas être juste de permettre aux étrangers, à leurs lois ou à leurs jugements de venir bouleverser une organisation sociale émanant d'une souveraineté. En face d'eux se dresseront toujours les droits de la société, l'intérêt général, l'ordre public, peu importe l'expression.

¹ Nous trouverons les mêmes considérants dans des jugements étrangers. Voyez, par exemple, *Journ. du droit intern. privé*, 1876, p. 221 et même journal, 1886, p. 734.

C'est là une vérité incontestable; on ne peut qu'approuver une formule ainsi comprise, et toute critique serait impuissante. Mais lorsqu'on quitte ces régions se-reines des principes et des généralités, et lorsqu'on pène-tre dans les difficultés des problèmes particuliers et quotidiens, on ne peut s'empêcher de constater la désespérante élasticité et la dangereuse fragilité de pareilles expressions. Grâce à elles, que ne peut-on justifier? Droits de la société, intérêt général, ordre public; mais c'est cette idée et c'est ce langage qui faisaient refuser dans l'ancienne France tous droits aux étrangers et décider sous le régime féodal que toute coutume était territoriale; c'est cette idée et ce langage qui ont justifié les dispositions maintenant rétrogrades de notre article 11 et qui, de nos jours, pour nous restreindre au droit international privé, permettent à certains auteurs et à certaines législations de multiplier à l'excès les statuts réels et d'arrêter à leur gré l'application de toute loi étrangère. Nous savons bien que, dans les temps modernes et chez les nations civilisées, les termes ont changé de valeur et qu'ils ne masquent plus les mêmes exigences que jadis; les conceptions sur l'État se sont modifiées : l'idée de souveraineté s'est transformée, purifiée, si vous voulez; qui parlerait maintenant de domaine éminent, de propriété, de pouvoir absolu? L'État n'a plus qu'une mission : celle de gérer les intérêts sociaux; les droits des individus sont sans cesse revendiqués et de plus en plus étendus; la dignité de l'homme est proclamée et agrandie. Nous nous enorgueillissons de ces résultats, de ces conquêtes; et lorsque ces nouveaux principes apparaissent en droit international privé et risquent d'y être compromis, nous nous abandon-

nons, pour les garantir, à la sagesse de nos tribunaux et à la protection de formules indéterminées! Sans doute, certains points sont acquis; les règles sur l'état et la capacité, l'adage *Locus regit actum* réalisent de grands progrès et semblent promettre une ferme jurisprudence; et cependant, même en ces matières, l'incertitude et l'indécision ne reparaissent-elles pas si vous admettez, sans en définir la portée, la dérogation de l'ordre public? « Est-il une seule loi, dit L. von Bar (*Esquisse de droit intern. privé*, trad. Weiss, *Journ. du droit intern. privé*, 1887, p. 271), à laquelle ne puisse être assignée, sous un rapport quelconque, une raison de cet ordre; une classification ainsi dépourvue de rigueur scientifique peut servir à justifier arbitrairement toutes les solutions. » Par ce tempérament, que vous êtes obligé d'admettre et que vous négligez de limiter, vous mettez en péril l'œuvre entière : l'ordre public, en droit international privé, c'est la raison d'État en matière politique, l'arbitraire sous le manteau de la légalité.

Il importe donc de presser cette notion, de lui donner une signification précise, de borner son étendue; la question est capitale, elle domine tout le droit international privé. Assurément la tâche est délicate. Les droits de la société, l'intérêt général, l'ordre public, qu'y a-t-il en théorie de plus fécond en controverses, qu'y a-t-il en fait de plus sujet à changements? c'est chose relative et variable non seulement avec les divers pays, mais encore avec les époques. Songer à énoncer des principes d'une vérité absolue et d'une application générale, poser des règles inflexibles et immuables serait sans doute une chimère; mais il en est ainsi pour

toutes les branches du droit. Qui pourrait prédire et assurer à n'importe quelle institution civile une durée sans limites et un gouvernement sans critiques?

Nous nous placerons donc dans une législation donnée à une époque déterminée; nous étudierons seulement la notion de l'ordre public¹ en France dans l'état actuel de la législation et de la doctrine.

Nous trouvons bien peu de renseignements dans nos codes; les quelques articles qu'ils contiennent sur le droit international privé ne parlent pas de l'ordre public et n'en définissent pas davantage la notion. Nous ne nous attarderons pas à nous en étonner et à le regretter. Le droit international privé a été à peine entrevu par les rédacteurs du Code civil; il est de création récente, et c'est l'honneur des écrivains et des jurisconsultes de lui avoir donné, particulièrement dans ces derniers temps, un développement considérable. Mais les divers auteurs hésitent à résoudre le problème dont nous signalons la haute importance : « D'après quel principe fera-t-on la part entre la société et les particuliers? dit M. Laurent (*Droit civil intern.*, II, 372); c'est le débat séculaire sur la question de savoir quand un statut est réel, et l'on pourrait croire que le débat n'aura point de fin, puisque la question se reproduit toujours. » M. Weiss, dans son traité déjà signalé, après avoir posé quelques principes, s'arrête et s'en remet aux tribunaux en présence de la difficulté presque insurmontable que rencontre en cette matière toute définition; il ajoute qu'il est utile de laisser aux juges la

¹ Nous emploierons maintenant exclusivement l'expression ordre public, puisque c'est celle adoptée par les auteurs français et la jurisprudence française. Nous en verrons du reste la raison plus loin.

faculté de modeler leurs décisions sur les circonstances, sur la marche des idées, sur le progrès ou l'altération des mœurs. Que la difficulté soit grande, nous ne le méconnaissons pas, mais l'intérêt l'est encore plus ; tout effort doit être encouragé ; s'il n'aboutit pas, il en excitera d'autres et préparera peut-être un résultat. Ce qui est pire que le découragement, c'est ce pouvoir d'appréciation que l'on attribue par suite aux tribunaux et que l'on justifie en invoquant la variabilité des institutions humaines ; mais à ce compte la plupart des codes seraient chose regrettable, et la conscience du juge serait la suprême justice !

Quel sera notre plan dans notre travail ?

Dans une première partie nous dirons quelles vicissitudes a traversées en jurisprudence et en doctrine la notion de l'ordre public. Nous verrons d'abord dans quelles circonstances et sous quels auspices elle est apparue, quelles influences elle a subies, quels encouragements elle a éprouvés, et par suite quelle extension a reçue au début son développement. Puis nous constaterons des changements profonds dans les relations internationales, une situation nouvelle faite aux étrangers, une jurisprudence plus tolérante, une doctrine plus libérale ; notre notion ressentira le contre-coup de ces progrès ; elle se modifiera également, se séparera d'anciennes idées qui l'encombraient, se réduira à une plus simple et plus précise expression. — Sans doute, il nous sera difficile de dire à quelle époque exacte se sont produites les diverses phases de cette évolution, de distinguer des périodes fixes et nettement séparées les unes des autres : l'élaboration, dont nous étudierons la marche, se fait, en effet, à l'aide de plusieurs facteurs,

ouvrages, recueils, arrêts, jugements, dont l'influence est inégale et se manifeste à des moments variables et avec une intensité différente; il en résulte des hésitations et parfois des oppositions, qui, sans altérer un mouvement constant et dirigé dans sa généralité dans le même sens, empêchent, par leurs secousses particulières, de poser des jalons inflexibles et de donner des dates comme limites infranchissables. Nous croyons cependant découvrir une transformation continue et des tendances incontestables.

Dans une seconde partie, nous profiterons et nous tirerons argument des enseignements que nous aura laissés cet historique : les transformations du passé nous feront deviner celles de l'avenir; les tendances actuelles nous révéleront celles de demain. Avec ces données, nous chercherons à déterminer la notion de l'ordre public conformément à la raison, conformément aux idées modernes. Nous essaierons ensuite sa réduite expression aux principaux problèmes du droit international privé qui sollicitent l'application des lois étrangères. Les solutions qui en découleront sont-elles nouvelles et imprudentes? sont-elles, au contraire, déjà encouragées et presque sous-entendues par la doctrine et la jurisprudence? Notre formule est-elle injustifiée? n'est-ce pas plutôt la généralisation de certaines décisions particulières et la conséquence fatale d'un système de plus en plus accepté? Telles sont les diverses questions que nous aurons alors à examiner.

PREMIÈRE PARTIE.

ÉTUDE HISTORIQUE.

TRANSFORMATIONS SUCCESSIVES DE LA NOTION DE L'ORDRE PUBLIC EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

CHAPITRE PREMIER.

EXTENSION DONNÉE A L'ORIGINE A CETTE NOTION.

I.

Si le Code civil, dans les rares articles¹ qui traitent du droit international privé et peuvent solliciter l'application des lois étrangères, ne parle pas de l'ordre public, il emploie cette expression à plusieurs reprises dans ses divers titres. Les articles 6, 686, 900, 1172, etc. montrent que, parmi les lois qui fixent les rapports des particuliers entre eux, certaines ont une énergie remarquable, une puissance supérieure : il est interdit de déroger par des conventions particulières à leurs prescriptions ; les propriétaires ne peuvent établir sur leurs fonds une servitude qui leur serait contraire ; elles font réputer non avenues, dans les dispositions à titre gratuit, les clauses qui les méconnaissent ; elles rendent

¹ Art. 3, 47, 170, 999, 2128.

nulles les stipulations qui leur portent atteinte¹; elles sont dites d'*ordre public*.

Il semble étrange, au premier abord, que les règles positives du droit ne s'imposent pas toutes avec la même autorité et une égale rigueur; que les unes soient susceptibles de s'effacer complaisamment tandis que les autres doivent conserver une inflexible rigidité. Pourquoi le législateur, dont la mission est d'organiser la société et de ne créer des contraintes que dans ce but, pourquoi le législateur a-t-il énoncé des commandements que chacun pourra tourner à sa guise? S'il est permis de les méconnaître, c'est qu'ils ne sont pas nécessaires; et, dès lors, pourquoi les promulguer? — Il aisé de répondre. Sans doute, toutes les fois que le législateur s'affirme, il faut, sinon il manque à son office, que cela soit utile, que la société soit intéressée à ce qu'il y ait une règle. Mais préparer la sécurité et la bonne foi dans les affaires, guider les parties contractantes dans leur imprévoyance ou leur ignorance, préciser leurs droits et devoirs réciproques, fournir aux tribunaux des éléments de décision pour les controverses, sont des motifs suffisants qui justifient une disposition légale : dans ces cas, s'il convient qu'il y ait une règle, il importe peu qu'elle soit telle ou telle²,

¹ On pourrait signaler d'autres caractères : les lois d'ordre public ne sont pas soumises au principe de la non-rétroactivité; on ne peut acquérir par prescription des lois qui les contredisent; l'acquiescement, le désistement, la transaction sont en principe interdits dans les matières qui les intéressent; le ministère public peut poursuivre leur exécution comme partie principale en matière civile (art. 46-2° de la loi du 20 avril 1810).

² « La société peut seulement avoir un intérêt indirect à ce que cette règle soit juste et pratique, pour que les citoyens soient satis-

libérale ou étroite, sévère ou bienveillante; et, si les particuliers plus prudents et plus avisés déterminent eux-mêmes la ligne de conduite et définissent leur lien d'obligation, l'équité est assurée, le juge est averti, la sollicitude gouvernementale peut se taire devant l'initiative individuelle. Voilà une première catégorie de lois qui ont pour seul but de consacrer l'intention présumée des parties. Il en est d'autres qui se proposent le maintien de l'organisation sociale, qui fixent notamment les pouvoirs des autorités constituées, la condition des biens, l'état des personnes avec les caractères et dans les limites que leur assignent la puissance souveraine, les idées dominantes, l'opinion générale; elles n'ont pas cherché à deviner la pensée des individus, à suppléer à leur silence; elles ne peuvent pas, par suite, s'incliner devant leur prévoyance et l'expression de leurs désirs; elles sont censées, au contraire, être la manifestation fidèle des intérêts publics; elles doivent résister, impérieuses et inflexibles, aux insurrections locales et privées, et punir même les tentatives de rébellion. Telle est la raison d'être des lois d'ordre public¹ et des attributs dont le législateur a dû les gratifier.

Les loi romaines avaient déjà dit : *Pacta quæ contra*

faits et fassent remonter cette satisfaction jusqu'à l'organisation sociale qui la leur procure. Ainsi une législation qui offrirait aux époux, même sans la leur imposer, un régime matrimonial vicieux ou peu équitable... exciterait à coup sûr beaucoup de mécontentement et nuirait à la société » (Alglave, *Définition de l'ordre public en matière civile*, *Revue pratique de droit franç.*, t. 28, p. 528).

¹ A ce sujet, M. Demante écrit dans son *Cours analytique de Code civil*, t. I, n° 12 bis : « La loi positive n'ayant d'autre but que de faire régner l'ordre dans la société, en assurant, avec les tempéraments commandés par la raison d'utilité sociale, l'action de la mo-

leges constitutionesque vel contra bonos mores fiunt nullam vim habere indubitati juris est (L. 6, C., *De pact.*). — *Privatorum conventio juri publico non derogat* (L. 45, *De reg. juris*). Développant cette vérité de tous les temps et de tous les pays, Portalis écrivait (V. *Exposés et rapports*, p. 40, n° 20) : « Le maintien de l'ordre public dans une société est la loi suprême; protéger les conventions contre cette loi, ce serait placer les volontés particulières au-dessus de la volonté générale; ce serait dissoudre l'État. »

On comprend que, dans le commerce quotidien de la vie, les individus méconnaissent rarement les bases fondamentales de l'organisation sociale, et que le plus grand nombre des difficultés soumises aux tribunaux laissent en dehors du litige les considérations d'ordre public : les contrats les plus fréquents, les opérations habituelles se prêtent peu à ces tentatives d'insubordination; on sait, du reste, l'inanité de tels efforts; au surplus, si ces insurrections se multipliaient, elles mettraient en péril les institutions mêmes, qui disparaîtraient ayant cessé d'être l'expression de la volonté générale. Si telle est la physionomie, ordinairement inoffensive à ce point de vue, des affaires de chaque

rale universelle, on ne comprend pas bien d'abord que certaines lois seulement soient dites ici (art. 6, Cod. civ.) intéresser l'ordre public et les bonnes mœurs et soustraites comme telles aux dérogations des conventions particulières. Mais un peu d'examen fait bientôt reconnaître la justesse de la distinction. Souvent, en effet, la loi ne dispose que pour établir un droit commun en l'absence de conventions particulières : alors, on le sent bien, l'ordre public intéressé à ce que le droit commun soit tel, ne l'est pas à ce que ce droit commun soit maintenu dans son application aux particuliers qui, par leur convention, ont établi entre eux une loi spéciale. »

jour, les dispositions de nos codes semblent, au contraire, prévoir des situations bien plus dangereuses et s'imposer presque toujours avec l'extrême rigueur : c'est qu'il a suffi de proclamer dès les débuts le principe que la convention est la loi des parties; il a fallu ensuite, laissant les divers contractants se mouvoir et s'agiter, énoncer en de nombreux articles les conditions et limites nécessaires de cette liberté qui garantissait la majorité des opérations et qu'une phrase avait suffi à reconnaître. Sans doute, les règles interprétatives occupent une place importante surtout dans le Code de commerce ; mais qu'est-ce à côté de la longue série des dispositions sur les personnes et les biens ? de sorte qu'à l'encontre des inductions de la pratique, nos codes théoriques touchent, dans la plupart des cas, à l'ordre public. Cette simple observation explique que la jurisprudence a dû admettre les caractères de l'ordre public pour beaucoup d'articles de nos codes du droit privé : que tout ce qui fait partie du droit public, que les lois constitutionnelles, administratives, pénales ou de procédure aient de semblables attributs, il est à peine besoin de le dire ; et nous n'avons songé à les signaler que parmi les lois réglant les rapports des particuliers entre eux, parce que, pour ces dernières seules, cette qualité n'est pas obligatoire ; mais si elle ne leur est pas nécessaire, elle a été le plus souvent reconnue : nous n'avons pas à entrer dans les détails : question d'état, de famille, de capacité, organisation et disposition de la propriété, mesures protectrices..., etc. ; la liste serait longue et difficilement complète¹.

¹ Consultez à ce sujet Dalloz, *Répert.*, *Ordre public*, n^{os} 4 et s.

Tels étaient le sens et la portée que recevait l'ordre public dans l'application des lois françaises : *il paralysait, avec raison du reste, les volontés individuelles; il était invoqué, avec raison encore, pour un grand nombre de dispositions.*

II.

Si nos frontières étaient fermées et si nos nationaux limitaient leur activité à notre territoire, on ne songerait pour aucune situation à invoquer les lois étrangères; cette pensée ne vient que lorsque des Français étendent leurs opérations à d'autres pays ou lorsque les étrangers pénètrent chez nous¹.

Lorsque le Code civil fut rédigé, les relations des individus de nationalité différente étaient bien loin d'avoir le développement qu'elles ont acquis de nos jours; les souverainetés étaient rigoureuses et jalouses; voyant avec peine l'arrivée des étrangers, elles les recevaient avec défaveur; cet accueil et ce traitement étaient réciproques; les peuples peu hospitaliers étaient

¹ « Il est de toute évidence, écrit L. von Bar, professeur à l'Université de Göttingen (trad. Weiss, *Journ. du droit intern. privé*, année 1887, p. 257), que les manifestations de la vie civile qui se limitent à notre territoire et n'intéressent que nos nationaux ne peuvent relever que de la législation qui nous régit nous-mêmes. Mais que l'un de nous vienne à conclure une affaire avec un sujet étranger, à passer un acte en dehors de nos frontières, à disposer des biens qu'il y possède, ou encore qu'une contestation, mettant aux prises deux plaideurs de nationalité étrangère, soit déferée à nos tribunaux, alors se posera, impérieuse, la question de savoir si les difficultés à résoudre sont du domaine de la loi personnelle des parties, si elles ne ressortissent pas plutôt à une loi étrangère, et quelle est cette dernière. »

peu voyageurs; ne serait-il pas plus exact de dire que peu voyageurs ils étaient peu hospitaliers? Sans doute, la Révolution française avait en cette matière accompli une immense réforme; mais son généreux appel n'avait pas été entendu, et l'article 41, Cod. civ., sacrifiant les idées d'humanité à des considérations d'utilité pratique, marquait un retour en arrière, réveillait des sentiments de défiance à l'égard des étrangers. Devait-on, dans ces conditions, être disposé à leur appliquer dans certains cas leurs lois personnelles? L'article 3, que M. Brocher (*Cours de droit intern. privé*, t. I, p. 112) présente « comme une codification volontairement incomplète du droit international privé, » offrait des lacunes considérables qui devaient préoccuper la jurisprudence; aucun texte ne dit expressément par quelle loi doit être régi le statut personnel des étrangers, et il faut consulter les travaux préparatoires pour trouver quelques indices à cet égard. Pouvons-nous donc nous étonner que nos tribunaux aient hésité?

Ce n'est que par courtoisie et par des raisons de convenance réciproque qu'ils se décident; ils espèrent obtenir un traitement analogue. D'autre part, lorsqu'ils s'occupent des faits juridiques qui se consomment dans les pays voisins, ils ne se résignent à se contenter des formes locales que parce que la nécessité les y pousse, que parce que les commodités des nationaux l'exigent. Du reste, la vieille maxime *locus regit actum* n'a pas été maintenue expressément, on n'en rencontre que quelques traces; le législateur ne l'impose donc pas comme un principe général; elle est admise parce qu'il y a un intérêt français en jeu. En définitive, l'idée de justice est encore étroite, c'est toujours l'avantage de

ses propres sujets qu'on recherche ; cette *comitas gentium*, cette bienveillance internationale dont on se pare¹ à cette époque ne cachent qu'un calcul. Les lois étrangères s'inclineront dès qu'un intérêt français les demandera.

Lorsque le droit international repose sur de pareilles bases, lorsqu'en particulier les lois étrangères sont admises ou écartées pour de tels motifs, il est naturel que des considérations d'ordre public viennent réduire encore leur empire si affaibli. Nous avons dit quel rôle important ces considérations jouaient dans le domaine des lois nationales : au nom des droits supérieurs de la société, on s'opposait dans un grand nombre de matières aux dérogations individuelles ; ne devait-on pas être tenté, au nom des mêmes droits supérieurs de la société, d'exiger dans les mêmes matières un égal respect des lois étrangères ? Ces lois étrangères, qu'on tolère par courtoisie ou qu'on admet par intérêt, ne doivent pas évidemment porter atteinte aux institutions publiques ou privées du peuple en question, et leurs attaques audacieuses viendront échouer, aussi impuissantes que celles des volontés particulières. Il y a là une analogie exacte, tant que l'on reste dans ces formules vagues ; nous ne voulons pas soutenir qu'aucun tribunal ou qu'aucun auteur ait complètement assimilé ces deux situations et conclu de l'une à l'autre ; mais il est permis de croire que les solutions données d'un côté ont influé considérablement de l'autre, et que ce même ordre public, dont on invoquait les exigences en matière civile,

¹ Story, *Traité du conflit des lois étrangères et nationales*, p. 25 ; Heffter, *Droit des gens actuel*, 1844, 7,

comme nous l'avons vu, dans un très-grand nombre de cas, a servi aussi à faire écarter les lois étrangères dans presque autant de cas.

Hésitation à appliquer les lois étrangères, prééminence accordée à l'intérêt français, nombreuses restrictions au nom de l'ordre public, telles sont les constatations que nous allons faire en examinant la jurisprudence et la doctrine de la première partie de notre siècle.

I. Nous disons en premier lieu que la *jurisprudence hésitait à appliquer les lois étrangères*. Un arrêt de la cour de Paris du 15 mars 1831 (S. 31.2.237) montre d'une façon très-nette cet état d'esprit : « Considérant, « est-il dit, qu'en thèse générale, soit en matière personnelle, soit en matière réelle, les contrats et obligations passés en France et dont on a le droit de « poursuivre l'exécution devant les tribunaux français, « ne peuvent être appréciés et jugés que par la législation qui est propre à la France ; que chacun est tenu « de se soumettre aux lois parce que chacun est censé « les connaître ; que cette connaissance légale dérive « de la promulgation qui en est faite dans le pays où les « lois sont exécutoires, mais que cette péremption ne « peut s'étendre aux lois étrangères puisque leur existence n'est ni publique ni certaine ; que dès lors elles « ne réunissent pas les conditions qui pourraient les « rendre obligatoires en France... » Pourvoi ayant été interjeté, le défendeur s'opposa nettement à l'application des lois étrangères : « Les lois étrangères, dit-il, sont inconnues ; la capacité des étrangers est pour nous souvent un mystère impénétrable ; les lois des pays les plus éloignés et les plus inconnus viendraient régler les engagements contractés à Paris.... ; dans l'intérêt des

étrangers mêmes il faudrait se hâter de limiter l'effet du système de la demanderesse, car s'il était adopté, aucun homme prudent ne voudrait traiter avec eux. Qui pourrait dire en effet que quelque statut inconnu ne lie pas leur personne ; qui voudrait prêter secours aux femmes, par exemple, et recevoir leur engagement ? » Et la Cour de cassation écrit le considérant suivant : « Attendu « que si l'article 3 déclare que les lois concernant l'état « et la capacité des personnes régissent les Français « même résidant en pays étranger, il ne contient au- « cune disposition semblable ou analogue en faveur des « étrangers qui résident en France ; d'où il résulte que « l'arrêt attaqué ne peut avoir pu violer cet article. »

On trouvait du reste des auteurs qui enseignaient que le Français ne peut jamais, dans ses rapports avec un Français, invoquer en France la loi étrangère qui régit son état et sa capacité. « La nationalité, dit en ce sens M. Mailher de Chassat¹ (*Traité des statuts*, nos 236 et s.), ne saurait embrasser l'acte nouveau, l'exercice quelconque d'un droit qui prend naissance sur le sol étranger. Du moment où l'homme contracte, dispose, agit sur le sol, c'est sous l'empire et les prescriptions de la loi qui régit ce sol. Le Russe, l'Anglais, le Prussien, admis sur le sol français à l'exercice de certains droits civils, à côté du régnicole, devra donc justifier comme lui de sa capacité conformément à la loi française. S'il est majeur à vingt ans dans son pays, il sera

¹ Consultez aussi Grotius, *De jure belli et pacis*, Livre II, c. II, 5-2 ; Odier, *Dissertations sur l'application des lois étrangères qui régissent la capacité de contracter*, Genève, 1827 ; Alauzet, *Commentaire du Code de commerce*, n° 57 et *De la qualité de Français, de la naturalisation et du statut personnel des étrangers*, 2^e éd., p. 110.

mineur en France. Réciproquement, s'il est mineur dans sa patrie où la majorité est fixée à vingt-cinq ans, et qu'il agisse et contracte comme majeur en France, ayant atteint vingt et un ans, il sera non-recevable à faire annuler ses obligations devant les tribunaux français pour défaut de capacité. »

On pourrait, du reste, à l'appui de ce système, faire valoir le principe de l'indépendance respective des différents États et même, au besoin, invoquer cette vague, élastique et complaisante notion de l'ordre public qui ne saurait s'accommoder, à moins d'un traité formel, de l'application d'une loi étrangère en dehors des limites de la souveraineté qui l'a faite.

On reconnaît cependant bientôt qu'un pays peut, tout en restant maître exclusif chez lui, accepter sur son territoire, par concession gracieuse et bénévole, l'application de la loi d'une autre nation. Si le législateur abdique ainsi ses droits de souveraineté, c'est pour s'inspirer de l'intérêt bien entendu de son peuple, assurer à ses nationaux par voie de réciprocité l'application de leur propre loi en pays étranger, faciliter et étendre les relations internationales, se concilier l'amitié et l'appui des autres nations. « Toutefois, dit Dalloz (*R. g., Lois*, n° 345), en dehors même des traités, il est admis, par une espèce de courtoisie qui s'observe généralement entre nations, que, par cela même que chacune d'elles veut que ses sujets soient régis par leur loi personnelle même en pays étranger, elle doit tolérer également que la loi personnelle de tout étranger résidant sur son territoire suive cet étranger et serve à déterminer son état et sa capacité. » En 1840, Félix écrivait : « Les législateurs, les autorités publiques, les tribu-

naux et les auteurs, en admettant l'application des lois étrangères, se dirigent non d'après un devoir de nécessité, d'après une obligation dont l'exécution peut être exigée, mais uniquement d'après des considérations d'utilité et de convenance réciproque entre les nations, *ex comitate, ob reciproquam utilitatem* ¹. » Zachariæ, Aubry et Rau donnent le même fondement et par suite la même incertitude à l'application des lois étrangères : « Aucune nation n'étant tenue d'admettre, dans son territoire, l'application des lois étrangères, les juges n'ont en principe d'autres règles à observer pour les décisions des contestations qui leur sont soumises que les lois de leurs pays. Toutefois des raisons de convenance réciproque ont porté les peuples policés à permettre ou à prescrire, dans certaines limites, l'application par leurs tribunaux respectifs des lois d'autres pays. Mais les règles ou usages suivis à cet égard dans les différents États sont loin d'être uniformes. »

Il nous semble entendre, au commencement du XVIII^e siècle, le président Bouhier dans ses observations sur la coutume de Bourgogne, chap. 23, n^o 62 : « Avant toutes choses, il faut se souvenir qu'encore que la règle étroite soit pour la restriction des coutumes dans leurs limites, l'extension en a néanmoins été admise en faveur de l'utilité publique, et souvent même par une espèce de nécessité. Ainsi, quand les peuples voisins ont souffert cette extension, ce n'est point qu'ils se soient vus soumis à un statut étranger, c'est seulement parce qu'ils y ont trouvé leur intérêt particulier, en ce qu'en pareil cas, leurs coutumes ont le même avantage

¹ Félix et Demangeat, *Cours de droit intern. privé*, p. 22.

dans les provinces voisines. On peut donc dire que cette extension est fondée sur une espèce de droit des gens et de bienséance, en vertu duquel les différents peuples sont tacitement demeurés d'accord de souffrir cette extension de coutume à coutume, toutes les fois que l'équité et l'utilité commune le demanderaient... »

On est donc encore, à cette époque, sous l'influence de la doctrine de la courtoisie internationale ou *comitas gentium*¹, qui a été enseignée par la plupart des anciens auteurs². Sans insister sur les inconvénients juridiques ou pratiques³ d'un tel fondement, remarquons que c'est la manifestation d'un système plus général que donne pour base du droit l'utilité; et Stuart Mill pourra penser à une telle doctrine lorsqu'il définira le droit : un pouvoir que la société est intéressée à accorder aux individus.

II. La conséquence logique devait être que ces lois étrangères, admises par bienveillance, s'écarteraient *dès qu'un intérêt français pourrait en souffrir*. C'est ce que décide un arrêt de la cour de Paris du 17 juin 1834. « Attendu que l'étranger qui contracte en France « avec un Français peut, comme le Français qui contracte en pays étranger avec un étranger, invoquer

¹ L'expression paraît avoir été employée pour la première fois par Paul Voët, professeur à Utrecht, dans son traité *De statutis eorumque concursu*, publié en 1663.

² Huber, *Jus publicum universale*, III, 8, 7; Boullenois, *Traité de la personnalité et de la réalité des lois*, I, 4. Cette doctrine est rejetée maintenant par la plupart des auteurs; elle n'est guère acceptée que par les auteurs anglo-américains dont l'un d'eux, sir Robert Phillimore, intitule son ouvrage : *Comity*.

³ Consultez aussi la préface de Despagnet, *Cours de droit intern. privé*.

« à son retour en son pays les lois qui le régissent,
« mais qu'il ne peut, en France, réclamer contre le
« Français, pour obligations souscrites en France, l'ap-
« plication des dispositions que son contractant n'a pas
« connues ni dû connaître, et qui, conséquemment,
« ne peuvent être obligatoires pour lui; qu'ainsi, le
« défendeur régi par la loi française pour le fait dont
« il s'agit et ayant atteint, en 1829, sa vingtième an-
« née, doit être considéré comme majeur devant les
« tribunaux français lorsqu'il s'agit d'acte passé en
« France avec des Français » (D. P. 1838.2.215).

Valette enseignait cette théorie¹ : « Si l'étranger fai-
sait, en France, des conventions avec des Français,
nous lui appliquerions, relativement à sa capacité, la
loi française s'il résultait un préjudice pour les Français
de l'adoption de la loi étrangère. Si donc l'étranger, mi-
neur d'après sa loi, est majeur d'après la loi française,
nous lui appliquerons le Code civil. Car il n'y aurait
plus de sécurité pour les Français qui ont contracté
avec lui si un étranger, âgé de plus de vingt et un ans,
pouvait se faire restituer contre ses engagements en
alléguant qu'il est mineur dans son pays. »

Cette thèse profitait du silence de la loi; elle s'appuyait sur les incertitudes de la jurisprudence, sur les raisons que l'on donnait à l'accueil des lois étrangères. L'argument qu'on invoquait enfin, c'est qu'il est le plus souvent impossible à ces Français de connaître les dispositions de la loi personnelle de l'étranger avec

¹ Consultez aussi Demangeat, *Histoire de la condition civile des étrangers*, p. 373 et 374; Burge dans la *Revue étrangère et française*, VI, p. 734; Mathieu-Bodet, *Rapport à la conférence des avocats* dans la *Revue* dirigée par M. Fœlix, XIII, p. 542.

lequel il traite; cette ignorance, si elle pouvait être pour lui la source d'un préjudice, enlèverait à ses opérations toute sécurité et le condamnerait à une prudence dont le commerce et le crédit public ressentiraient le désastreux contre-coup; de sorte que l'intérêt général se confondrait ici avec l'intérêt particulier du Français.

Il ne faudrait pas croire cependant que les considérations pratiques militent toutes en faveur de ce système. Il est facile, en effet, de comprendre que l'étranger, n'étant plus assuré de conserver le bénéfice de sa loi nationale dont l'application dépend de l'intérêt et, par suite, du caprice du pays où il se trouve, se gardera bien de se fixer d'une façon stable dans un territoire où une pareille théorie est consacrée ou d'y faire des opérations importantes¹. Au surplus, chacun appréciant à son point de vue cette question très-délicate de l'intérêt national, dans quelles contradictions ne va-t-on pas tomber? On autorisera ainsi un juge américain à décider qu'un étranger aura sa capacité régie par sa loi nationale ou par la loi américaine, suivant l'avantage que pourrait avoir au maintien ou à la nullité du contrat fait par lui son contractant américain².

III. N'insistons pas davantage sur ces hésitations, qui s'évanouissent bientôt devant une jurisprudence plus audacieuse, ni sur ces réserves de l'intérêt français, qui sont aussi sur le point de disparaître; ce serait nous écarter de notre sujet; nous n'avons signalé ces tendances que parce qu'elles nous semblent l'accompa-

¹ Mailher de Chassat, *Traité des statuts*, p. 87; de Savigny, *Système de droit romain*, trad. Guenoux, VIII, 29.

² Story, *Commentaries on the conflict of Laws*, p. 26, n° 28.

gnement logique et même la préparation naturelle de *cette extension donnée dès l'origine à l'idée de l'ordre public*, dont nous essayons de mettre en lumière les vicissitudes diverses. On peut dire que les tribunaux français ont dès l'origine invoqué avec un soin scrupuleux les restrictions de cette notion; rien n'est plus manifeste à la lecture des décisions suivantes :

1° Quelle est la nature de l'incapacité de la femme qui ne peut s'obliger sans le consentement du mari ou du juge à son défaut? Peu de questions ont été ainsi débattues. Merlin, discutant ce point à propos de l'effet rétroactif (*Répert., Effet rétroactif*, sect. 3, § 2, §. 3), y voit une prohibition d'ordre public; c'est d'après lui une disposition qui intéresse les bonnes mœurs et l'honnêteté publique; l'article 2, Cod. comm., ne saurait donc être invoqué à son endroit. Comme conséquence de cette doctrine, il a été jugé que la femme étrangère, soumise dans son pays au sénatus-consulte Velléen qui ne lui permet pas de s'obliger pour son mari, peut, quoiqu'elle soit régie en principe par le statut personnel, contracter une telle obligation en France. Paris, 15 mars 1831 (S. 31.2.237).

2° C'est au nom des mêmes considérations d'ordre public qu'il a été décidé qu'un époux divorcé à l'étranger ne pouvait, conformément à la législation de son pays, se remarier, s'il était en France où commandait la loi de 1816. Déjà la cour de Paris s'était prononcée en ce sens, le 30 août 1824 (S. 25.2.203); un jugement du tribunal de la Seine ayant en sens contraire ordonné, le 22 février 1843, qu'il serait procédé au mariage dans une espèce analogue, l'officier de l'état civil fit appel sur l'invitation du procureur général, et la cour de Paris, maintenant sa première doctrine : « Considérant

« que le mariage est d'ordre public ; qu'il est la garantie de la pureté des mœurs et la base sur laquelle reposent la famille et la société tout entière ; que les lois qui en règlent les conditions sont donc obligatoires pour tous en France. » 28 mars 1843 (S. 43.2.566).

3° De même plusieurs jugements ou arrêts décident que le droit de demander des aliments accordé par le Code civil à certains parents ou alliés est d'ordre public et qu'il oblige les étrangers. Cette opinion a persisté longtemps, et un jugement du tribunal civil de la Seine du 3 mai 1879 porte encore : « ... cette action étant fondée sur une obligation dérivant du droit naturel avant d'avoir été consacrée par le droit public, et l'exclusion d'une telle obligation intéressant par suite, à un certain degré, l'ordre public, et tout au moins le droit des gens privé » (*Journ. du droit intern. privé*, 1879, p. 489).

4° En matière de prescription, la jurisprudence s'efforce d'appliquer uniquement la loi française : les cours d'appel¹ inclinaient à accepter la loi du lieu où l'obligation est née ; quelque raisonnable que parût ce système, la Cour de cassation l'a condamné par arrêt du 13 janvier 1869 (S. 69.1.49), en déclarant se référer à la loi du domicile du défendeur ; bien que son arrêt ne le dise, n'est-il pas permis de supposer qu'elle a pensé recommander ainsi aux tribunaux français la loi française ? car la loi du domicile du défendeur se confond le plus souvent avec la *lex fori*. C'est alors déclarer que la prescription est d'ordre public.

¹ Douai, 16 août 1834 ; Paris, 7 février 1839 ; Alger, 18 août 1848 (Voir *Journ. du droit intern. privé*, 1878, p. 629).

5° Il est facile de signaler des décisions de même genre : en 1856, la cour d'Orléans, ayant refusé de reconnaître la légitimation par le mariage subséquent contracté en France entre un Anglais et une Anglaise, sous le prétexte que la loi anglaise qui régissait la condition civile du père étranger n'admettait pas ce mode, il y eut pourvoi, et le demandeur, invoquant les précédents de 1824 et de 1845 à propos du divorce, disait : « Le statut personnel d'un étranger cesse d'être opposable toutes les fois qu'il est en opposition avec une loi française ayant un caractère d'ordre public. C'est ainsi qu'un mahométan, engagé dans les liens d'un premier mariage, ne pourrait en France contracter un second mariage même avec une femme de sa nation, bien que sa loi nationale autorisât la polygamie. C'est ainsi encore qu'un étranger ne pourrait épouser en France une Française ni même une étrangère, dont il serait parent ou allié au degré prohibé, bien que la loi de son pays ne portât pas la même prohibition. Enfin, c'est en vertu du même principe qu'il a été jugé qu'un étranger, divorcé d'après les lois de son pays, ne peut pas contracter en France un nouveau mariage. Or, la légitimation par mariage subséquent n'est-elle pas aussi d'ordre public? ... » Et la Cour de cassation estima, en effet, que la légitimation était d'ordre public; elle cassa l'arrêt; et la cour de Bourges à laquelle l'affaire fut renvoyée, se rangea à son système : « Attendu que « le statut personnel ne peut rien autoriser contre les « lois d'ordre public ou les bonnes mœurs, que la légitimation par mariage subséquent est d'ordre public... » (D. 58.2.178).

6° En 1868, la Cour de cassation déclara que l'article

340 qui interdit la recherche de la paternité en France est d'ordre public au point d'écarter le statut personnel des individus. « Attendu que, si en principe l'étranger « reste soumis en France, quant à sa capacité, aux lois « de son pays, la loi étrangère n'est toutefois applicable « par les tribunaux français qu'autant que son applica- « tion n'est pas contraire aux règles qui sont considé- « rées en France comme tenant à l'ordre public; que « de telles règles, de même que les lois de police et de « sûreté, obligent, sans distinction d'origine ou de natio- « nalité, tous ceux qui se trouvent sur le territoire fran- « çais. Attendu que l'article 340, Cod. pén., qui prohibe « la recherche de la paternité tient essentiellement à « l'ordre public; qu'instruit par l'expérience du passé, « le législateur moderne a dû sacrifier le désir d'attein- « dre le père coupable au besoin social d'éviter des pro- « cès scandaleux, qui seraient un danger pour la morale « et une incessante menace pour la sécurité des fa- « milles. » Arrêt du 25 mai 1868 (S. 68.1.365).

7° Le 4 mars 1857, la Cour de cassation décida que l'étranger, qui s'est marié en France, peut faire pendant le mariage une donation entre-vifs, au profit de sa femme, des biens qu'il possède en France (S. 57.1.247); or, dans l'espèce, il s'agissait de sujets Sardes, et l'article 1185 du Code civil sarde portait : « Les époux ne pour- ront, pendant le mariage, se faire aucune libéralité, si ce n'est par acte de dernière volonté dans les formes et suivant les règles prescrites pour ces actes. » On leur imposait donc l'article 1096 du Code civil français.

8° Sans donner d'autres exemples qu'on trouvera au cours de cette thèse, signalons encore, à titre de rensei- gnement et comme signe de tendances analogues, un

arrêt de la 2^e Chambre civile du Reichsgericht, en date du 7 octobre 1884 (*Journ. du droit intern. privé*, 1886, p. 730), déclarant que l'article 1443 du Landrecht badois, qui n'est autre que l'article 1443 de notre Code civil, est d'ordre public¹, et que, par suite, une loi étrangère, dans l'espèce, une loi wurtembergeoise, ne saurait être invoquée dans le grand-duché de Bade à l'encontre d'une telle disposition; pour alléguer que l'article 1443 qui frappe de nullité toute séparation de biens volontaire pendant le mariage, est d'ordre public, on rapporte les paroles de Berlier (Locré, XIII, p. 284).

III.

Nous avons choisi ces diverses décisions et nous avons rapporté leurs considérants, afin de montrer, d'abord, le caractère vague et incertain des formules employées, et de constater plus tard, dans les mêmes matières, soit des changements de jurisprudence, soit les opinions inverses de la doctrine. Ces variations ou ces critiques ne nous étonneront pas; elle sont la conséquence, nous dirions presque le châtimement, d'un manque de critérium certain. Qu'entend-on alors par ordre public? « C'est, pourrait-on répondre, évidemment l'ordre de la société considérée au point de vue moral comme au point de vue matériel, dans le domaine des idées comme dans celui des faits; l'ordre public, c'est l'organisation de la société et par suite les lois qui l'intéressent sont celles

¹ Lire dans ce même Journal, 1886, p. 731, les observations de M. Beauchet, professeur à la Faculté de droit de Nancy, qui conteste que cet article 1443 soit d'ordre public au point d'écarter l'application des lois étrangères.

qui règlent plus ou moins directement cette organisation. » Ce sont précisément là les termes qu'emploie M. Alglave, lorsque dans son ouvrage sur « le Droit d'action du ministère public, » il essaie de donner une formule générale déterminant ces lois d'ordre public de nos Codes civil ou de commerce, dont nous avons parlé au début de ce chapitre.

N'est-on pas dès lors tenté de dire : « Ces lois d'ordre public, dont les lois étrangères ne peuvent briser l'empire, sont les mêmes que celles dont les particuliers doivent respecter les prescriptions. Elles ont reçu du législateur certains caractères que nous avons définis; pour achever de les connaître, il faut ajouter qu'elles s'opposent encore à l'application des lois étrangères. Quoi de plus naturel? dans tous les cas nous pouvons appliquer les paroles de Portalis : « Placer les volontés particulières, nous ajouterons et les lois étrangères, au-dessus de la volonté générale, ce serait dissoudre l'État. » Nous ne croyons pas que ce raisonnement même ait été fait à aucune époque d'une façon précise¹. Mais ce qui nous semble exact, c'est que la notion de l'ordre public, parée des attributs que lui donnait le Code, flottait indécise, sans définition nette, au milieu d'idées confuses; « c'est un grand mot que l'ordre public, disait Royer-Collard, mais ce mot est bien vague; il peut avoir dans la langue commune, et il a dans nos lois des acceptions diverses. » Lorsqu'il s'est agi de s'opposer à l'application des lois étrangères, le même mot fut em-

¹ Il suffirait de penser aux règles sur l'état des personnes en principe soumises au statut personnel pour montrer qu'une assimilation complète serait impossible.

ployé, et assurément la doctrine, que l'on voulait pratiquer, n'était pas encore assez formée et assez comprise, pour que l'expression acquit de la précision sous l'influence de la nouvelle fonction qu'elle servait à caractériser; elle conserva sa banale élasticité; et, en cet état, elle dut évidemment se confondre sur bien des points avec la théorie qui recevait non seulement la même appellation, mais avait encore, cela est indéniable, un fonds d'idées communes. Il en résultait une tendance à étendre en droit international privé la notion de l'ordre public toutes les fois que le droit privé se décidait à le faire, c'est-à-dire; nous l'avons vu, dans beaucoup de cas.

Mais supposons que cette assimilation soit exacte, ou tout au moins que la jurisprudence l'ait acceptée. Ses doctrines auraient elles ainsi obtenu plus de netteté, plus de certitude? Admettons qu'à un certain moment le même ordre public qui résiste aux dérogations particulières se soit opposé à l'application des lois étrangères; a-t-on été alors en présence d'une doctrine facile à définir ou à distinguer? Cela revient à dire : Peut-on définir l'ordre public en matière civile?

M. Alglave après avoir montré, avec un grand talent, d'une part, l'intérêt qu'il y aurait à connaître le sens précis du mot ordre public et, d'autre part, l'indifférence de la plupart des auteurs¹ qui se déchargent vo-

¹ « Ni la législation, ni la doctrine, disent Zachariæ, Aubry et Rau, ne fournissent de critérium à l'aide duquel on puisse déterminer, d'une manière certaine, quelles sont les lois qui doivent être considérées comme intéressant l'ordre public. Et il serait difficile de donner une énumération complète de toutes les dispositions législatives qui, à des titres divers et à des degrés plus ou moins pronon-

lontiers sur les tribunaux d'une tâche qui leur paraît trop épineuse, ne s'est pas contenté de la formule générale que nous venons de rapporter. Après une longue étude, il déclare que le critérium des lois intéressant l'ordre public est dans ce fait que les particuliers ne peuvent pas renoncer au bénéfice de leurs dispositions; parce que ces dispositions n'ont pas été établies en leur faveur, mais en faveur de l'État; parce que le véritable intéressé ce n'est pas eux, mais la société. Et il ajoute que cette définition rationnelle donnera, dans la recherche de l'intention du législateur, des indications qui ne sont ni vagues, ni ambiguës, ni obscures. « Un droit est-il susceptible d'un équivalent pécuniaire? Nous l'abandonnons à la libre disposition des citoyens, à moins que le législateur n'ait montré son intention de le rattacher à l'ordre public en prohibant la renonciation. Un autre droit, au contraire, se refuse-t-il par

cés, présentent ce caractère. » *Cours de droit civil français*, 3^e éd., I, p. 109.

« Dans l'impossibilité d'établir ici une théorie complète sur cette importante matière, dit M. Demante à propos de l'article 6, je crois utile du moins de présenter quelques règles de doctrine propres à prévenir dans beaucoup de cas les difficultés d'application. » Et cette théorie importante il ne la traite en aucun endroit.

« Nous avons, outre notre article 6, des dispositions plus générales encore (art. 900, 1133, 1172, 1387) par lesquelles le législateur, dans l'impossibilité de définir ce qui constitue l'ordre public, ouvre sur ce point la plus vaste et la plus difficile carrière à l'appréciation des magistrats et des jurisconsultes... Il serait impossible d'énumérer ici toutes les dispositions qui appartiennent au droit public, dans le sens que nous venons de donner à ce mot, ou de chercher quelque part un moyen général et absolu de décision, ainsi qu'on l'a tenté quelquefois, par exemple, dans la division des lois prohibitives, préceptives ou permissives. » Demolombe, *Droit civil*, I, nos 16 à 20.

sa nature propre, à se laisser estimer en argent? Il intéresse l'ordre public, à moins que le législateur n'intervienne pour lui attribuer l'équivalent pécuniaire qu'il ne comportait pas naturellement ou pour déclarer qu'on aurait la faculté d'y renoncer. »

Nous ne discuterons pas le mérite et les défauts de ce critérium; ce serait sortir de l'objet de cette thèse; nous nous proposons simplement de faire l'histoire de la jurisprudence et de la doctrine françaises en cette matière et de montrer qu'elles sont ses tendances actuelles; quel intérêt y aurait-il à définir une notion de l'ordre public dont l'influence a pu exister à une certaine époque, mais qui a été bientôt transformée et remplacée par une nouvelle conception? Durant cette première phase de son évolution, cette notion, à peine limitée par ceux qui l'employaient, restait soumise à la discrétion encore indécise de nos tribunaux; et cette souple obéissance ne peut nous faire regretter son abandon. Quant à rechercher si, dans la suite, des auteurs plus heureux sont arrivés à lui donner un domaine d'application plus précis, que nous importe, s'il est vrai que son extension primitive a disparu? Au surplus, les déclarations de la plupart des commentateurs du Code civil nous feraient hésiter à entreprendre une tâche qu'ils ont jugée très-laborieuse, sinon impossible. La tentative de M. Alglave n'exciterait même pas notre émulation, après le décourageant jugement que M. Lyon-Caen porte sur elle dans la *Revue critique de la jurisprudence en matière civile*, t. XLI, ann. 1875, p. 207 : « Nous estimons, dit-il, que M. Alglave aboutit à un véritable cercle vicieux que lui ont dissimulé les détails si riches et si ingénieux dans lesquels il est

entré pour justifier sa doctrine. Il y a un cercle vicieux dans la prétendue définition de notre collègue ; car avec elle, pour savoir si une disposition est d'ordre public, il faut d'abord constater si l'on ne peut pas y renoncer ; mais pour décider si la renonciation est impossible, comment s'y prendra-t-on ? Il faudra d'abord déterminer si la disposition législative est d'ordre public. »

De l'étude de ces tendances premières de la doctrine et de la jurisprudence, retenons que les expressions droit public et ordre public désignaient dès cette époque deux idées différentes et que les lois qu'elles pouvaient servir l'une et l'autre à caractériser devaient, ou tout au moins étaient censées devoir, ne pas se confondre. Les lois d'ordre public, d'après le langage général, ne pouvaient apparaître que dans la sphère du droit privé. Nous ne méconnaissons pas que dans la pratique il fût parfois délicat de discerner une loi de droit public d'une loi d'ordre public ; on éprouvera de tous temps des difficultés à tracer les limites qui séparent le droit privé du droit public ; mais en théorie les deux notions étaient complètement distinctes.

CHAPITRE DEUXIÈME.

DISTINCTION DE L'ORDRE PUBLIC UNIVERSEL ET DE L'ORDRE PUBLIC NATIONAL.



I.

Les peuples, jadis attachés au sol et concentrés sinon dans leurs provinces au moins dans leurs frontières, se sont visités et mêlés avec une activité sans cesse grandissante. Deux forces irrésistibles les rapprochent de tous temps : la guerre et le commerce. Les guerres n'avaient pas manqué au début du siècle ; quant au commerce, il recevait une impulsion extraordinaire par suite des découvertes de la science. La facilité extrême des communications, l'extension des moyens d'information, la diffusion des journaux et des ouvrages, la grandeur des nouvelles entreprises, l'appel des capitaux cosmopolites avaient, en modifiant les besoins et les relations humaines, modifié en même temps les mœurs et les idées ; les institutions juridiques devaient en sentir le contre-coup. Au lieu d'un isolement jaloux, c'était une confiance féconde, et l'on commençait à comprendre, selon l'expression de Condorcet, que le bonheur d'un pays, loin de s'accroître par l'affaiblissement de ses voisins, doit augmenter par leur prospérité. Ce nouvel état de choses devait se manifester dans toutes

les matières du droit, et particulièrement dans celles du droit international privé. Signalons-en l'influence à deux points de vue qui ont un rapport étroit avec notre sujet.

La jurisprudence avait d'abord interprété l'article 11, Cod. civ., dans un sens restrictif¹; elle avait estimé que l'exclusion de l'étranger des droits privés était la règle, sa capacité, l'exception²; un arrêt de la Cour de cassation du 16 août 1864 s'était exprimé ainsi : « Aux « termes des articles 11 et 13, l'étranger, non admis à « la jouissance des droits civils par autorisation du « chef de l'État, ne jouit en France que des droits « civils accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartient... et il n'y a « d'exception à cette règle que dans les cas spécialement prévus par une loi expresse. » Ce système était critiqué par la plupart des auteurs; on cherchait à augmenter les droits dont pourraient jouir les étrangers; et afin de leur accorder, *à priori*, au moins tous ceux qui découlent du droit naturel, on invoquait la tradition romaine, celle de l'ancien droit et les travaux préparatoires³. Et le 28 juillet 1863, la cour de Bordeaux se rangeait implicitement à cette opinion déjà plus libérale : « Attendu qu'afin d'échapper à l'application de cette règle, les demandeurs présentent leur « action comme dérivant non de la loi civile, mais du

¹ En disant que la condition des étrangers, réglée par l'article 11, se rapproche de notre sujet, nous n'oublions pas que cette question n'est pas une matière du droit international privé.

² Ce système est encore enseigné par Demolombe, t. I, p. 367.

³ Aubry et Rau, I, p. 295; Merlin, *Rép.*, *Etranger*, part. 1, n° 9; Delvincourt, II, 2, p. 636; Proudhon, I, p. 155; Duranton, I, 159, etc.

« droit naturel et du droit des gens en vertu duquel
« l'étranger est autorisé à faire le commerce en France
« et, par suite, à se défendre contre les entreprises
« d'une concurrence illégale ; que cette exception aurait
« un caractère décisif si, pour justifier leur action, il
« suffisait aux demandeurs de rappeler quelques-uns
« de ces principes qui ont force de loi chez toutes les
« nations civilisées, sans emprunter leur autorité à la
« volonté arbitraire et variable des législateurs de
« chaque pays... » (S. 64.2.17).

D'autre part, dans une matière qui fait plus spécialement partie du droit international privé, le système, qui arrêta l'application des lois étrangères lorsqu'elles portaient préjudice à un intérêt français, était battu en brèche. Demolombe¹ admettait bien que le Français ne devait éprouver aucun dommage par le fait de la loi personnelle de l'étranger avec lequel il avait contracté ; mais encore voulait-il que ce Français n'ait commis aucune imprudence, aucune légèreté qui lui soit imputable. « La seule circonstance, que l'annulation ou la rescision d'un acte passé par un étranger serait prononcée au détriment d'un Français, ne formerait point un motif suffisant pour écarter l'application de la loi étrangère, alors même qu'il s'agirait d'une convention à titre onéreux. Mais il en serait autrement si des circonstances particulières, telles qu'une longue résidence de l'étranger en France ou un établissement de commerce qu'il y aurait formé, venaient absoudre le Français de tout reproche d'imprudence². » C'était déjà un progrès et le 16 janvier 1861, la Cour de cassation don-

¹ Demolombe, I, 102.

² Aubry et Rau, p. 94.

nait à son ancienne rigueur ce premier tempérament :
« Attendu qu'il convient d'apporter à l'application du
« statut étranger des restrictions et des tempéraments
« sans lesquels il y aurait danger incessant d'erreur ou
« de surprise au préjudice des Français ; que le Fran-
« çais ne peut être tenu de connaître les lois des di-
« verses nations et leurs dispositions concernant notam-
« ment la minorité, la majorité et l'étendue des enga-
« gements qui peuvent être pris par les étrangers, dans
« la mesure de leur capacité civile ; qu'il suffit alors,
« pour la validité du contrat, que le Français ait traité
« sans légèreté, sans imprudence et avec bonne foi »
(S. 61.1.305).

La défiance vis-à-vis des étrangers diminuait donc ; il devait en être de même à l'égard de leurs lois ; elles allaient être acceptées plus facilement, et cette notion de l'ordre public, dont nous avons vu les rigoureux effets, allait être réduite à une plus simple expression ; une réaction se produit contre son large empire et *dans plusieurs espèces où elle s'était imposée, elle est maintenant obligée de baisser pavillon*. Sans doute, cette transformation identique s'accomplit dans les diverses matières à des moments différents ; elle n'en est pas moins intéressante à signaler :

1° La capacité de la femme mariée était une question d'ordre public ; en 1854, cette doctrine est abandonnée, et la Cour de cassation accepte les règles de la loi étrangère : « Attendu en droit que la femme anglaise qui se
« marie sans contrat n'est point commune en biens ;
« que sa personne est absorbée par celle du mari et
« qu'elle ne peut rien acquérir avec lui ; que cette règle
« du mariage a suivi les époux en France lorsqu'ils sont

« venus s'y établir et qu'ils y ont fait des acquisitions » (S. 54.1.270). Cette jurisprudence persiste et, le 17 décembre 1883, la cour de Paris écarte plus nettement encore la restriction de l'ordre public : « En ce qui touche la prétendue incapacité d'ordre public de la dame Q. d'aliéner et de donner; considérant que la dite dame, par l'effet de ses deux mariages, est devenue étrangère; qu'elle est demeurée telle; qu'il n'échet de considérer comme objet d'une interdiction d'ordre public en France l'exercice de la capacité qu'elle tenait du statut personnel » (*Journ. du droit intern. privé*, 1884, p. 291).

2° Le 28 février 1860, la Cour de cassation, contrairement à l'opinion admise depuis longtemps par les cours d'appel, décide que l'étranger légalement divorcé dans son pays peut contracter un autre mariage en France, même avec une personne française, du vivant de son conjoint (S. 60.1.210). Remarquons que cet arrêt apprécie simplement les conséquences d'un état judiciaire déclaré par un tribunal étranger, et que pour en reconnaître l'efficacité, il se montre moins susceptible que l'avait été une première jurisprudence. Il n'applique pas, pour statuer sur une question d'état, une loi étrangère qui pourrait enfreindre l'ordre public; il ne décide pas, par exemple, que le devoir du juge français serait même de prononcer le divorce, si un étranger le lui demandait en vertu de sa loi nationale; s'il était allé jusque-là, cet arrêt aurait une importance considérable. Mais nous tenons à constater que M. le procureur général Dupin, dans son remarquable réquisitoire, rapporta *in extenso*, avec approbation, ou tout au moins sans critique, l'opinion de

Troplong sur l'application des lois étrangères : « Sous le rapport de la capacité, les lois françaises doivent reconnaître tout ce qui est légalement fait en Angleterre ; sans cela, il y aurait hostilité perpétuelle entre les nations et impossibilité de communiquer et de commercer. » Citant ensuite l'avis de Merlin, d'après lequel des tribunaux français auraient dû prononcer le divorce de Polonais à l'époque où le divorce était inconnu en France, Troplong ajoutait : « Voilà des juges français qui devraient prononcer le divorce de Polonais ! Tant il est vrai que pour juger de la capacité des étrangers, il faut qu'un tribunal français ferme le livre de ses lois pour n'ouvrir que la loi qui régit les étrangers ! » Tout en rapportant ces paroles du célèbre jurisconsulte, M. Dupin ne prétendait pas qu'un étranger pût faire en France tout ce dont il était capable dans son pays ; mais il recommande de ne point abuser de ce nom de morale pour s'en attribuer orgueilleusement le monopole, et de se défier des vagues murmures de ces scrupules qui, n'osant se produire à découvert, s'enveloppent comme dans un nuage en alléguant l'ordre public et les bonnes mœurs.

3° Certains auteurs contestaient vivement aux dispositions relatives à la dette alimentaire le caractère de lois d'ordre public ; M. Laurent critiquait MM. Aubry et Rau qui y voient une loi de police obligeant tous ceux qui habitent le territoire : « N'est-ce pas, disait-il, étendre trop loin la disposition de l'article 3 et la notion du statut réel ? Affirmer que le statut des aliments est réel et que la loi française qui accorde les aliments à l'allié doit l'emporter sur la loi américaine qui les leur refuse, c'est dire que le droit aux aliments intéresse l'existence

et la conservation de la société française. Cela serait vrai si les aliments étaient une dépendance du droit public ; or, l'obligation alimentaire est considérée par le Code civil comme un devoir naissant du mariage, et le mariage appartient au droit privé. » (Voir Laurent, *op. cit.*, V, p. 185 ; Brocher est du même avis, I, 297.) Le 16 janvier 1882 la cour d'Alger s'est rangée dans ces considérants à ce système : « Attendu que, l'obligation « pour les enfants de fournir des aliments à leurs pa-
« rents naissant du mariage, c'est à la loi qui régit l'u-
« nion conjugale des époux B. qu'il y a lieu de recourir
« pour reconnaître s'ils peuvent être tenus et dans
« quelles proportions de servir à L. une pension ali-
« mentaire ; que cette loi est constitutive de leur statut
« personnel » (*Journ. du droit intern. privé*, 1882, p. 627). La Cour de cassation n'a pas eu à se prononcer sur cet arrêt (Consultez en ce sens Olivi, *Conflit des lois en matière d'oblig. aliment.* : *Revue de droit intern.*, 1885, p. 55).

4° Les systèmes sur la loi qui doit régir la prescription se sont multipliés ; chacun d'eux reçoit un nombre grandissant d'adhérents ; cependant les derniers suffrages semblent maintenant être accordés à la loi qui, d'une façon générale, régit les conditions de validité et les effets du contrat. Un jugement du tribunal de la Seine du 2 juin 1881 (*Journ. du droit intern. privé*, 1881, p. 231), se range à cette opinion : « Attendu que, de ce
« qui précède, il résulte que la seule prescription que
« le débiteur puisse opposer à la demande du créan-
« cier est celle fixée par la loi du lieu où l'obligation a
« été contractée, où elle devait être exécutée, et où
« elle a reçu un commencement d'exécution. » Dans

l'espèce, il fallait, par suite, se reporter à la loi russe.

5° La jurisprudence ne renonce pas encore à décider que la légitimation par mariage subséquent en France est d'ordre public ; mais nous pouvons signaler un arrêt de la cour de Besançon du 26 juillet 1876 (*Journ. du droit intern. privé*, 1877, p. 228), qui semble faire un premier pas dans cette voie ; il porte : « Que si la légitimation des enfants naturels, en ce qui touche la capacité des personnes tient au statut personnel, les formes mêmes de cette légitimation sont régies par la loi du pays dans lequel elle intervient d'après le principe *locus regit actum* ; qu'il y a lieu sous ce rapport de combiner les règles de la loi française avec celles de la loi étrangère. » Ce qu'il y a d'intéressant à remarquer c'est que dans l'espèce un acte spécial de légitimation a été jugé inutile parce que la possession d'état¹ était suffisante dans le pays où cette légitimation s'était produite.

En même temps que les tribunaux, encouragés par la doctrine, abandonnaient leurs premiers errements pour restreindre la notion de l'ordre public, ils rendaient une série d'arrêts montrant d'une façon aussi manifeste que *bien des institutions qui s'opposent aux dérogations particulières s'inclinent devant les lois étrangères*.

1° Telle était notamment la loi de 1807 qui limitait le taux de l'intérêt ; il était bien certain qu'elle ne pouvait être méconnue par les contrats régis par la loi française ; mais lorsque on se trouvait en présence d'une

¹ Sans discuter s'il fallait alors oui ou non appliquer la règle *locus regit actum*, nous remarquons seulement que c'est appliquer largement la loi étrangère.

stipulation soumise à la loi étrangère, les doutes les plus sérieux pouvaient s'élever; ceux qui voulaient dans tous les cas faire prévaloir la prohibition de l'usure étaient peu nombreux : voyez cependant Duvergier, sur Pont (*Du prêt*, n° 313) et Demangeat, sur Fœlix (*Droit intern. privé*, I, 232). La plupart des auteurs enseignaient que la loi étrangère ne devait recevoir aucune restriction (consultez Merlin, *Quest., Inscript. hyp.*, 1; Proudhon, *Droit français*, I, 153; Rolland de Villargues, *Intérêts*, 126; Taulier, *Th. C. civil*, VI, 443; Troplong, *Du prêt*, 539; Pont, *Petits contrats*, I, 270) et les tribunaux appliquaient cette doctrine (Bordeaux, 22 août 1865, D. 66.2.223; Bastia, 19 mars 1866, D. 66.2.222; *Journ. du droit intern. privé*, 1875, p. 352; 1876, p. 181; 1877, p. 356); le 12 mai 1885, le tribunal de la Seine disait très-nettement : « Attendu « que la loi de 1807 ne répond pas à un besoin d'intérêt « général et supérieur qui lui assure le caractère d'une « disposition d'ordre public. » Nous ne blâmerons assurément pas le sens de cet arrêt; mais n'est-il pas permis de dire que déclarer l'ordre public reconnaissable à l'existence d'un intérêt général et supérieur, ce n'est pas fournir un critérium très-précis? — Ces décisions étaient d'une grande importance pratique; il faut remarquer que de bonne heure les tribunaux s'étaient laissés émouvoir par les considérations d'utilité; la cour d'Aix dès 1825 (D. P. 25.2.115) et la cour de Bordeaux dès 1831 (D. P. 31.2.89), jugeaient que la stipulation d'un intérêt permis par la loi qui régit le contrat¹ mais supérieur au taux fixé par la loi fran-

¹ On admettait alors généralement que les effets du contrat sont régis par la loi du pays où ces contrats ont été conclus.

çaise est valable et obligatoire en France. Aussi n'avons-nous pas affirmé qu'il y ait jamais eu assimilation complète entre la notion de l'ordre public en matière civile et la même notion en droit international privé; nous avons seulement observé qu'au début la première avait influé sur la seconde, et nous constatons, dans ce chapitre, que cette action est peu à peu écartée.

2° En matière de preuves¹, les tribunaux n'hésitent plus à appliquer les lois étrangères; un arrêt de la Cour de cassation du 24 août 1880, dont nous parlerons plus loin, les y autorise; un jugement du tribunal civil de la Seine du 12 juin 1887 (*Journ. du droit intern. privé*, 1887, p. 332), exprime la même doctrine : « At-
« tendu que B... ne serait recevable à prouver l'exis-
« tence de la créance par témoin, qu'autant qu'il éta-
« blirait à la fois que le contrat, en vertu duquel il
« agit, a été conclu en Angleterre, et que, suivant la
« législation anglaise, la preuve en pourrait être ad-
« ministrée par voie d'enquête. »

3° L'article 1398, Cod. civ., qui déclare que les Français qui se marient sans contrat se trouvent de plein droit placés sous le régime de la communauté légale est sans contestation d'ordre public au point de vue des dérogations individuelles. Un jugement du tribunal civil de la Seine du 5 avril 1887 (*Journ. du droit intern. privé*, 1887, p. 334) décide que cette règle peut fléchir en ce qui concerne les mariages contractés à l'étranger, même entre Français, quand les circonstances particulières de la cause, notamment la nature de l'établis-

¹ Nous croyons que les preuves sont d'ordre public au point de vue des dérogations particulières; l'arrêt de 1860 décide que non, nous verrons pourquoi.

sement formé par les conjoints, impliquent de leur part l'intention manifeste d'adopter un régime matrimonial conforme au droit commun du lieu de cet établissement.

4° Un arrêt de la cour de Paris du 2 août 1872 (*Journ. du droit intern. privé*, 1874, p. 32) ordonne qu'un enfant italien habitant le sol français sera tenu éloigné de la maison paternelle par application de l'article 224 du Code italien.

5° Signalons enfin, comme une tendance extrême à accepter la loi étrangère, un jugement du tribunal civil de Bordeaux du 2 janvier 1882 (*Journ. du droit intern. privé*, 1882, p. 539), qui a reconnu la nullité du mariage contracté en 1835 dans une église d'Espagne par une femme bavaroise non autorisée de son souverain. S'il lui a permis d'en invoquer les effets, c'est à raison de sa bonne foi, par application de la théorie du mariage putatif, commune à la loi bavaroise et à la loi française.

II.

La notion de l'ordre public en droit international privé s'est peu à peu transformée. Grâce à des idées nouvelles, à un examen plus approfondi, à l'influence de la doctrine, sa portée a été discutée, précisée, dégagée des éléments qui semblent lui avoir au début prêté leur vage et dangereuse élasticité; une distinction est faite là où il semble y avoir eu à l'origine confusion; on sépare l'ordre public dont il est question en droit international privé de l'ordre public dont il est question dans nos lois civiles; il y a deux situations différentes;

pour les comparer l'une à l'autre, pour étudier les points qui les rapprochent et ceux qui les éloignent, ne faut-il pas afin d'être clair les désigner par deux mots différents? Lesquels employer? Il s'agit, d'une part, des rapports des lois nationales avec les nationaux, et, d'autre part, des rapports des lois nationales avec les lois étrangères.

Mettant en évidence la nature de ces rapports, M. Brocher parle d'ordre public *interne* et d'ordre public *international*. Le premier, dit-il, se développe dans le sein d'une seule et même législation; c'est entre la volonté du souverain non contesté et celle des individus qui ressortissent à lui qu'il s'agit de fixer des limites; c'est au contraire entre souverainetés diverses qu'il faut en tracer, quand il s'agit du second. M. Weiss, dans son *Traité de droit international privé*, adopte également cette terminologie. Il nous semble cependant qu'en notre matière l'expression d'ordre public international peut soulever quelques critiques : d'après son étymologie, comme dans la langue juridique, le mot international s'applique spécialement aux règles pratiquées entre États, à ces rapports que les gouvernements ont entre eux et qu'ils entretiennent par l'intermédiaire de leurs agents diplomatiques; lorsqu'il s'agit d'intérêts privés, des litiges entre particuliers, des procès qui se tranchent exclusivement devant les tribunaux français, on a l'habitude et on est dans la nécessité d'ajouter une autre épithète, et de dire droit civil international, comme M. Laurent, ou droit international privé, comme en France; si nous voulions donc éviter toute équivoque et conserver un langage précis il faudrait mettre ordre public international privé, ce qui est un peu long pour

être adopté, bien que le langage juridique préfère l'exactitude à l'élégance. Au surplus, est-il bien vrai de dire que l'ordre public auquel les particuliers ne peuvent déroger soit le seul qui exerce son influence dans la législation interne? l'ordre public que les lois étrangères ne peuvent enfreindre apparaît aussi dans cette même législation; sans doute il établit une ligne de démarcation entre deux souverainetés; mais, lorsque nos tribunaux en observent les restrictions, comme du reste lorsqu'ils appliquent les lois étrangères, c'est pour faire acte d'obéissance à la législation française, à la législation interne, c'est parce que la législation interne l'a ordonné.

Il s'agit donc dans l'un et l'autre cas d'intérêts privés, de décisions d'une seule législation, de sentences des mêmes tribunaux; à ces points de vue les deux ordres publics, s'invoquant pour la même catégorie d'actes et devant les mêmes juridictions, ont une existence parallèle. La dénomination que nous venons de signaler semble méconnaître ces rapports importants. Mais si l'on considère les effets qu'engendrent l'une et l'autre de ces notions, on aperçoit une différence profonde, indiscutable; c'est même cette différence qui a amené la distinction et qui, lorsqu'elle a été acquise, nous a déterminé à chercher des expressions particulières. L'un de ces ordres publics est invoqué dans un grand nombre de cas; il s'agit de nationaux et d'actes passés sur le territoire; l'intérêt général est d'autant plus souvent en jeu qu'on est en présence des personnes ou du sol qui a fixé les préoccupations principales du législateur. Au contraire lorsqu'il s'agit d'étrangers ou d'actes passés en dehors des frontières, l'intérêt général n'est inquiété

que plus rarement, pour des atteintes plus graves; il faut qu'il y ait trouble à l'ordre public *absolu*, tandis que l'ordre public que n'inquiètent pas les lois étrangères et qui se froisse aux seules dérogations de particuliers sera dit *relatif*. Ce sont les expressions qu'emploie M. Lainé¹. Elles ont l'avantage, non seulement d'éviter l'équivoque des premières dénominations, mais encore de laisser deviner à leur simple énoncé la théorie qu'elles doivent servir à éclairer; les deux ordres publics apparaissent immédiatement avec leur compréhension réelle, leur point de départ commun, et leur inégale énergie; elles sont parfaitement caractéristiques. Malheureusement, elles offrent à l'oreille une dissonance désagréable : ordre public absolu d'abord pourrait choquer les susceptibilités philosophiques de ceux qui aiment à parler de l'incessant changement des choses humaines et, par suite, des institutions juridiques; mais cette critique nous touche peu; nous nous plaçons à une époque donnée, dans une législation positive, et nous nous servons de la langue généralement adoptée qui a consacré la distinction des nullités absolues et des nullités relatives; cet exemple serait même un argument puissant en faveur des épithètes de M. Lainé et peut préparer leur succès. Ce qui semble plus hardi et risque de rencontrer plus de résistances, c'est de mettre ordre public relatif; les deux termes jurent à côté l'un de l'autre et paraissent se contredire.

Né pourrait-on pas, en s'attachant, non plus à l'inégalité des effets, mais à la raison même de cette inégalité, savoir aux objets où s'applique notre notion, ne

¹ M. Lainé, professeur de droit international privé à la Faculté de droit de Paris, emploie ces expressions à son cours.

pourrait-on pas aussi bien dire : ordre public *national*, et ordre public *universel*¹. L'ordre public national serait invoqué lorsqu'il s'agirait des nationaux ou du sol de la nation ; l'ordre public universel se manifesterait lorsqu'il serait même question de toutes autres personnes ou de tous autres territoires. En même temps ces expressions indiqueraient que l'ordre public national dépend à tous égards de chaque législation, qu'il varie suivant les pays, et que cette diversité est aussi utile et sera aussi durable que la division entre États. L'ordre public universel semblerait, au contraire, devoir comprendre les mêmes éléments dans toutes les législations, s'attacher partout aux mêmes branches du droit ; et nous serions disposés à lui reconnaître ce caractère.

Au surplus, il importe peu d'adopter telle ou telle expression ; ce qu'il faut surtout, c'est justifier l'existence des différents attributs qui caractérisent ces deux notions de l'ordre public, et dont les épithètes, tour à tour employées, supposent et préjugent plus ou moins la démonstration.

1° Nous avons dit que beaucoup des dispositions de

¹ Nous trouvons cette expression dans le passage suivant de L. Olivi, professeur à l'Université de Modène (*Du conflit des lois en matière d'oblig. alimentaire, Revue de droit international*, 1885, p. 57). « Nous reconnaissons que toutes les règles qui régissent en droit positif la matière de la dette alimentaire sont d'ordre public, en ce sens que les citoyens ne pourraient s'y soustraire ni par telle convention ni par un acte quelconque de leur libre volonté ; mais on ne peut, selon nous, soutenir qu'il s'agit toujours de lois d'ordre public *universel* et humain, et c'est parfaitement dans l'exemple donné par Fiore que la loi italienne s'inspire du principe purement *national* et ne peut par conséquent, être appliquée aux personnes qui relèvent d'une nationalité différente. »

notre droit privé étaient d'ordre public; en principe les parties sont libres de régler leur destinée; mais lorsque le législateur établit des barrières, il veut qu'elles soient respectées; il les a déterminées en considération même des personnes et du territoire qui sont en cause; les incliner devant les dérogations particulières serait laisser régner, malgré sa volonté, le caprice et la fantaisie de chacun; l'ordre public national se trouve à chaque page de notre Code; prenez par exemple les règles sur l'état et la capacité : un Français ne pourra jamais stipuler qu'il est capable de contracter à vingt ans. L'ordre public universel ne fera que des apparitions plus rares; d'abord parce qu'il ne se dresse qu'en présence des lois étrangères et que celles-ci ne doivent exercer leur influence que dans des cas déterminés, lorsqu'il s'agit d'étrangers se trouvant en France ou d'actes passés hors des frontières; ces hypothèses sont en fait moins fréquentes que les autres; de plus, en droit elles sollicitent moins les préoccupations du législateur; s'il a ordonné qu'elles seraient régies par une législation autre que la sienne, c'est par respect de la justice et pour des raisons d'utilité pratique; il ne peut qu'exceptionnellement rétablir l'empire de ses lois : d'abord parce qu'il s'agit de situations qu'il a moins à défendre et moins à craindre, et ensuite parce qu'il leur a déjà donné une réglementation. C'est ainsi qu'on admet généralement, sauf les tempéraments de la jurisprudence, que les étrangers sont réputés majeurs d'après leur loi nationale, et que l'article 488 C. civ., qui s'impose aux Français ne les atteint pas. Les deux ordres publics ont donc une *étendue inégale*.

2° Nous pouvons aller plus loin, et dire que l'un

rentre dans l'autre et en devient une subdivision. Les règles, qui sont d'ordre public universel, qui s'imposent à ces lois étrangères que le législateur a déjà consacrées et qu'il a consacrées pour des espèces particulières, sont à plus forte raison d'ordre public national, résistent avec encore plus d'énergie aux conventions particulières; car il s'agit alors d'hypothèses qui intéressent bien plus directement l'État, et leur retrait serait l'absence de réglementation. Remarquons en même temps que la réciproque n'est pas vraie; les simples dispositions d'ordre public national ne sont pas protégées contre l'application des lois étrangères; elles l'ont peut-être été à une certaine époque; dans une mesure plus ou moins grande; il y a eu confusion; mais nous sommes précisément au moment où la différenciation se fait. Ajoutons que les expressions ordre public absolu et ordre public relatif dépeignaient fort bien ce caractère.

3° L'ordre public national dont l'étendue d'application est si vaste est intimement lié à l'organisation de la société; il en pénètre toutes les parties, il en assure la conservation, il en subit par suite l'influence constante. Or, chaque État conforme nécessairement ses institutions politiques ou juridiques à son tempérament, à ses traditions, à sa situation géographique¹; tant que les hommes, les races, les mœurs et les climats différeront, les lois et les constitutions offriront une variété parallèle; *l'ordre public national diffèrera nécessairement selon les pays*; et il n'est pas à souhaiter qu'il en soit autrement : l'identité de législation et la confusion des

¹ « On ne voit rien de juste ou d'injuste qui ne change de qualité en changeant de climat. Trois degrés d'élévation du pôle renversent toute la jurisprudence. » Pascal, *Pensées*, VI, 8.

États, qui en seraient la condition première, apparaissent généralement comme une entreprise chimérique et dangereuse; le genre humain soumis à une direction unique deviendrait insensible au progrès; l'esprit d'initiative et l'activité propre à chaque race seraient paralysés; un État ne tarderait pas sans doute à prendre l'hégémonie; ce serait l'inerte uniformité, peut-être même la servitude générale. Au contraire l'ordre public universel, cantonné dans des matières de plus en plus restreintes, réservé aux hypothèses où l'on applique les lois étrangères, reculera de plus en plus devant celles-ci. A mesure qu'on aura plus d'égards pour les étrangers, qu'on respectera davantage leurs droits et par suite leurs lois, on se retranchera de moins en moins devant les considérations de l'ordre public; l'organisation sociale n'en recevra aucune atteinte, précisément à cause des espèces que l'on discute par hypothèse; elle n'imposera ses restrictions que pour une série de rapports que la pure raison demandera aux peuples de réserver aux lois nationales, et que nous essaierons de déterminer dans la suite. On peut concevoir qu'à cet égard les mêmes principes domineront dans les deux pays : le fond même et la réglementation de ces institutions soumises en tous lieux aux lois nationales pourront varier avec les États; et, en même temps, la notion de l'ordre public universel, le critérium qui déterminera leur catégorie pourrait être le même partout; *cette universalité de l'ordre public universel* suppose chez tous les peuples un égal respect des droits des autres peuples, un égal libéralisme; il est peut-être chimérique d'attendre ce résultat; il est certainement désirable de le voir réaliser.

Telles sont les différences importantes que l'on peut remarquer entre l'ordre public national et l'ordre public universel. Cette distinction marque un progrès considérable dans l'évolution de la notion que nous étudions; et nous croyons utile de le caractériser par l'emploi de deux termes différents. Bien souvent des confusions ont été faites; elles se produisent d'autant plus facilement que les deux idées présentent certains points de rapprochement. « Les mêmes éléments, écrit M. Brocher (*op. cit.*, p. 106), se trouvent généralement à la base des deux ordres publics : développement normal et sécurité de l'État, principes supérieurs de sociabilité, règles impérativement imposées par la morale ou par la religion. Ces bases communes aboutissent également à des résultats également analogues, se manifestant comme rigueurs exceptionnelles dans l'application de certains principes. Il n'y en a pas moins là une distinction capitale à faire et à maintenir. »

C'est parce qu'elle n'a pas été faite nettement que l'on a étendu d'abord à l'excès et que l'on étend encore trop la notion de l'ordre public; les auteurs signalent de tous côtés cet excès. « Il nous paraît que dans la pratique, écrit M. Chausse (*Revue crit. de législation et de jurisprudence*, 1887, p. 54), on abuse souvent de l'exception tirée de l'ordre public pour écarter l'application des lois étrangères. » M. Olivi (*Revue de droit intern. privé*, 1885, p. 57), combattant l'opinion de M. Fiore en matière d'obligation alimentaire, dit : « C'est parce que l'on n'a pas établi de distinction entre les divers aspects de l'ordre public que l'affirmation générale et absolue de M. Fiore nous paraît en partie erronée. » En même temps, dans les plus récents tra-

vaux sur le droit international privé, on montre l'importance de la distinction en en faisant une fréquente application. Lisez les derniers volumes du *Droit intern. privé.*; cette idée s'y retrouve souvent; M. Duguit, agrégé à la Faculté de droit de Bordeaux, s'écrie : « Nous rentrons à chaque pas cette notion vague et flottante de l'ordre public et des bonnes mœurs. On est souvent porté à l'exagérer » (*Journ. du droit intern. privé*, 1885; *Conflits en matière de filiation*, p. 371.)

Mais, dira-t-on, qu'importent ces pures discussions de mots; lorsque la jurisprudence examinera dans les diverses espèces l'étendue d'application des lois étrangères, elle dira simplement, suivant sa conviction, que l'ordre public est ou n'est pas intéressé; et, vraisemblablement, suivant sa marche déjà manifeste, elle restreindra de plus en plus l'empire de cette notion; cela ne suffit-il pas? Sans doute, l'expression a peu d'importance; et sans elle le résultat est aussi bien acquis. Mais il y a, cela n'est pas douteux, deux notions distinctes selon qu'il s'agit des dérogations individuelles ou des lois étrangères; il faut les mettre en lumière; sinon les progrès de l'une ne seront peut-être pas arrêtés, mais l'autre pourrait en souffrir; l'équivoque est nuisible toujours, soit à l'une, soit à l'autre. On peut citer un exemple : Il était généralement admis que la prohibition de la preuve testimoniale au-dessus de 150 francs était d'ordre public, en ce sens que le juge devait la rejeter d'office quoique la partie contre laquelle on entendait l'administrer ne s'opposât point à son admission ou même y consentit formellement; les cours d'appel avaient jugé ainsi à plusieurs reprises (Bourges, 16 décembre 1826, S. 27.2.120; Rennes, 25 février 1841,

S. 41.2.427; Bordeaux, 16 janvier 1846, S. 46.2.209; Bordeaux, 6 mars 1849, S. 49.2.513); et la plupart des auteurs approuvent cette doctrine ¹. En 1880, la Cour de cassation, cassant un jugement de Boulogne-sur-Mer, décida que lorsqu'une convention a été passée dans un pays dont la loi n'exige pas la rédaction par écrit des actes, la preuve testimoniale doit être admise (Cass., 24 août 1880, S. 80.1.413). Certes, cet arrêt nous semble parfaitement rendu et nous nous associons aux conclusions de M. l'avocat général Desjardins qui l'ont préparé : « N'est-ce pas à l'intention présumée des parties qu'il faut se rattacher? Or, si un sujet anglais vend ou prête en Angleterre, c'est au statut anglais qu'il a songé, non à celui du pays inconnu où il devra plaider pour obtenir l'exécution du contrat. » Il fallait donc appliquer la loi anglaise sans penser que l'ordre public s'y opposât; mais pour arriver à ce résultat équitable était-il nécessaire d'émettre le considérant suivant? « Attendu « que les règles qui édictent les dispositions concernant « la preuve testimoniale ne constituent pas des pré-
« somptions d'ordre public, auxquelles il soit interdit de
« déroger par des conventions particulières. » N'était-ce pas dépasser la mesure? Cette condamnation du système jusque-là généralement admis était-elle justifiée? Le tribunal de Boulogne-sur-Mer avait dit avec beaucoup de raison : « Il suffit de se reporter aux motifs et aux
« considérations, qui ont fait introduire cette prohibition,
« pour se convaincre qu'elle n'a pas été admise unique-

¹ Aubry et Rau, VIII, 293; Duranton, XIII, 301; Boitard et Colmet-Daage, *Leçons sur le Code de procédure civile*, I, p. 435; Carré, *Lois de la procédure civile*, I, quest. 976; Laurent, *Princ. de dr. civil*, t. XIX, n° 397.

« ment dans l'intérêt des parties, mais aussi et surtout
« dans un intérêt d'ordre et de moralité publics; en
« effet, en adoptant cette disposition le législateur a eu
« surtout en vue de préciser la multiplicité des procès
« et sous ce rapport son but est manifestement tout
« d'intérêt général. » La Cour de cassation n'a pas été
de cet avis; mais ne s'est-elle pas laissée influencer par
l'espèce dont il s'agissait? Aurait-elle décidé que l'article 1341 n'était pas d'ordre public national, si elle
avait cru pouvoir décider en même temps qu'il n'était
pas d'ordre public universel?

Quoi qu'il en soit, n'oublions pas qu'au point où
nous sommes, la notion de l'ordre public en droit in-
ternational privé s'est nettement séparée de la même
notion en matière civile, qu'elle en est devenue une
subdivision de plus en plus étroite, et qu'en se rétré-
cissant ainsi elle a augmenté ses chances d'être égale-
ment interprétée par les diverses législations. Voyons
maintenant, étant donnée la persistance de ces ten-
dances, quelle formule il serait permis de lui donner.

SECONDE PARTIE.

TENDANCES ACTUELLES.

RÉDUCTION PROGRESSIVE DE LA NOTION DE L'ORDRE PUBLIC EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

CHAPITRE PREMIER.

L'APPLICATION DES LOIS ÉTRANGÈRES, DANS LES MATIÈRES
OÙ ELLE EST ORDONNÉE, N'EST, EN PRINCIPE, LIMITÉE
QUE PAR LES PRESCRIPTIONS DU DROIT PUBLIC ET LES
MESURES PRISES DANS L'INTÉRÊT DES TIERS.

Les tendances sont manifestes : les rapports internationaux prennent un développement prodigieux ; les chemins de fer, les expositions, les grandes entreprises, les lignes télégraphiques ou téléphoniques, multiplient de plus en plus les points de contact et suppriment les obstacles de la distance ; les capitales de l'Europe regorgent d'étrangers ; les relations commerciales ne connaissent plus les différences de nationalité. Le législateur reçoit l'impression du nouvel ordre de choses ; il respecte de plus en plus les institutions et les mœurs de ses voisins ; des conventions internationales sont conclues sur un grand nombre de matières, monnaie,

postes, propriété littéraire et industrielle, droits de la guerre, et les États qui y adhèrent sont de plus en plus nombreux; les nations ont entre elles plus de rapports que les gens des provinces différentes aux siècles passés.

On reconnaît aux étrangers plus en plus de droits en France; sans parler des traités nombreux qui leur assurent l'égalité de traitement, l'interprétation même de l'article 11, qui est toujours la base de la matière, est poussée dans un sens plus libéral. On tend à décider que l'étranger doit jouir en France de tous les droits privés qui appartiennent aux Français, sauf de ceux qui ont été déclarés propres à ces derniers par un texte spécial. Cette opinion, qui compte de nombreux partisans¹, aboutit en fait à l'assimilation presque absolue du national et de l'étranger²; nous n'avons pas à rechercher si elle est fondée; nous voulons seulement constater son existence et son succès. Au surplus, l'article 3 du Code civil italien accorde aux étrangers la jouissance de tous les droits civils.

En même temps la doctrine, qui refusait à l'étranger pour sa capacité le bénéfice de sa loi personnelle lorsque le cocontractant français avait agi sans imprudence, et qui avait déjà réalisé un premier progrès³, est elle-

¹ Voir Demangeat, 251; Valette, *Explication sommaire*, p. 408; Chavegrin, *Revue critique*, 1883, p. 321.

² Du moins, depuis la loi du 14 juillet 1819, qui a abrogé les articles 726 et 912, C. civ., et depuis la loi du 22 juillet 1807, qui, supprimant la contrainte par corps en matière civile et commerciale, a enlevé à l'article 905 du Code de procédure la plupart de ses applications.

³ Elle avait réalisé ce progrès en se substituant à la théorie qui écartait la loi étrangère dès qu'un intérêt français en souffrait.

même battue en brèche. On s'étonne que ce Français puisse méconnaître ce qui, en définitive, est un droit pour l'autre partie, par cela seul qu'il n'a aucune faute à se reprocher; et M. Lainé, professeur à la Faculté de Paris, critique dans son cours ce tempérament : la capacité de l'étranger devrait toujours être régie par sa loi personnelle, sauf s'il a usé de fraude, et par ses agissements, induit son adversaire en erreur; on n'est point, en effet, restituable contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit; nul ne peut causer injustement un dommage à autrui sans être tenu de le réparer, et la satisfaction la plus simple consiste souvent dans le maintien du contrat (Arg., art. 1310 et 1382, C. civ.). En 1878, le tribunal civil de la Seine s'est rallié à ce système qui a pour lui les véritables principes (*Journ. du droit intern. privé*, 1878, p. 502); mais nous devons reconnaître qu'il n'y a là qu'une tendance, que cet exemple n'a pas été suivi, et que la cour de Paris comme la Cour de cassation appliquent encore la loi française dès qu'on ne peut reprocher aucun reproche au Français.

Pouvons-nous dans ces conditions indiquer les *principes qui doivent l'emporter lorsqu'il s'agit de l'application des lois étrangères*?

On disait autrefois et on répète encore¹ qu'aucune nation n'est tenue d'admettre dans son territoire l'application des lois étrangères. Qu'est-ce à dire? Si l'on entend par là que les États sont indépendants, que l'un ne peut donner des injonctions à l'autre, que chacun

¹ Aubry et Rau, I, § 34, p. 80; Félix, *Traité de droit intern. privé*, 9, 18; Valette, sur Proudhon, *De l'état des personnes*, I, 79. Voyez aussi, *Journ. du droit intern. privé*, 1886, p. 6.

choisit à son gré ses institutions publiques et privées; rien n'est plus exact. Mais il nous semble qu'on fait une confusion. Sans doute, le législateur est libre de repousser les dispositions des codes voisins, comme il est libre de refuser aux étrangers le passage de ses frontières, l'accès de ses tribunaux, le bénéfice de ses réglemens; comme il est libre également de méconnaître la justice ou ses intérêts, et, dans son droit positif, de violer le droit naturel : devant cette omnipotence jalouse, maladroite ou inique, si les écrivains peuvent protester, les tribunaux sont obligés de s'incliner. Mais si, mieux éclairé par sa raison et son expérience, soucieux d'obtenir un traitement de réciprocité, ébranlé par l'état nouveau des mœurs et le développement des relations internationales, pénétré des progrès de la civilisation et de généreuses idées d'humanité, le même législateur décide que dans une situation donnée, pour telle série d'espèces, on se conformera à une loi étrangère, son ordre est aussi impératif et aussi catégorique que s'il édictait de toutes pièces une prescription propre; il renvoie à une règle déjà faite ou à faire, il en accepte les principes connus ou inconnus, il les adopte, les rend siens. En agissant ainsi, il a obéi aux mêmes considérations de justice absolue ou d'utilité publique qui ont dû le guider dans toute son œuvre; il a tour à tour considéré les avantages et les inconvénients que trouve en présence toute chose humaine et particulièrement toute institution juridique : il a compris que ses juges auraient des difficultés à connaître une grande variété de codes, et surtout que, dans certains cas, cette invasion d'un régime différent compromettrait l'existence même de

l'État; il a vu, d'un autre côté, qu'il était possible de limiter et même d'éviter ce trouble social; qu'au surplus, les parties pouvaient fonder sur l'application des lois étrangères une juste espérance ou y trouver un intérêt considérable; balançant alors les influences actives ou passives, il a marqué des distinctions, fait un choix, imposé une règle. Mais ce n'est pas un acte de courtoisie à l'égard des nations voisines, pas plus que la reconnaissance d'une liberté n'est un acte de bienveillance à l'égard des citoyens; c'est un droit qui est consacré, un droit qui, comme tous les autres, résulte du développement intellectuel et moral du peuple dont il s'agit, de son état de civilisation, de ses nécessités géographiques, de son passé, de ses tendances. Peu importe que ce droit ait reçu une formule écrite ou ait une origine coutumière, qu'on découvre sa consécration positive dans des textes précis ou de lointaines traditions, il a toujours une égale force obligatoire. Tel est le fondement de l'application des lois étrangères sur un territoire¹; ceux qui les invoquent devant un tribunal revendiquent, qu'ils soient nationaux ou étrangers, un droit établi sur une base scientifique et juridique; ils ne font pas appel à des considérations humanitaires, à la bienveillance ou à la générosité des juges, ils invoquent *un droit strict*; il importe de le dire pour approuver l'énergique insistance de leurs réclamations,

¹ Si nous ne craignons de sortir des limites naturelles de cette thèse, nous pourrions montrer que de cette base scientifique et juridique donnée à l'application des lois étrangères, on déduit : 1° que la Cour de cassation doit veiller à cette application; 2° qu'elle doit casser les jugements qui appliquent mal les lois étrangères; 3° que les tribunaux doivent appliquer les lois étrangères sans chercher si celles-ci renvoient elles-mêmes à une autre législation.

pour réduire les restrictions que peut porter à un droit nettement déterminé un principe difficile à saisir.

Dans quels cas et sous quelles conditions le législateur doit-il ordonner et a-t-il en réalité ordonné cette application des lois étrangères? C'est l'objet du droit international privé de répondre à cette question.

Dans quels cas d'abord : si les seuls nationaux, avons-nous déjà dit, se bornaient à déployer leur activité dans les limites de leur territoire, la question ne se poserait pas. Elle apparaît seulement lorsque les Français vont étendre leurs opérations à l'étranger ou lorsque des étrangers pénètrent en France. C'est alors que, suivant les cas, suivant les éléments que l'on a appréciés, les points qui sont en litige, les parties qui sont en cause, on décide ou non d'appliquer telle ou telle loi étrangère. Nous n'avons à rechercher dans quelles espèces et pour quels motifs on s'est rallié à cette solution, si on a eu tort ou raison de le faire. Retenons seulement que cela n'a été possible que dans deux grandes séries d'hypothèses : 1° lorsque des étrangers sont venus en France ; 2° lorsque des actes juridiques sont conclus ou étendent leurs effets à l'étranger.

Sous quelles conditions les lois étrangères doivent-elles être alors appliquées? Il n'y en a plus qu'une dans les matières du droit privé ; il faut que l'ordre public soit respecté. Nous avons dit au début que cette restriction semblait *à priori* légitime, que tous, auteurs ou tribunaux, la mentionnaient, qu'enfin il était indispensable de la préciser. Nous avons, au cours de cette thèse, montré qu'elle avait la marche de la jurisprudence française, quelles étaient les tendances de la doctrine la plus récente. Qu'est-il permis de conclure?

L'État, d'après les conceptions modernes dominantes, a pour raison et pour mission de permettre et de faciliter à une association d'individus le libre développement de leurs facultés : le rapprochement des races, l'uniformité de tempérament et de tendances, l'établissement dans une même contrée, l'influence des obstacles géographiques, la communauté de traditions et de souvenirs, ont constitué un lien national, créé une patrie ; et ces collectivités, unies par leur passé comme par leurs aspirations, ont chargé certains de leurs membres de les gouverner. Ce gouvernement, interprète des sentiments généraux, de quelque façon qu'il comprenne son rôle, qu'il intervienne plus ou moins étroitement dans la direction des affaires, exerce son autorité sur *les personnes ainsi assemblées* et sur *le territoire qu'elles occupent* ; il détermine et assure la situation de ces personnes et de ce territoire, selon les préoccupations actuelles et les volontés plus ou moins exprimées de ce peuple ; il s'efforce de consolider cette double organisation des individus et des biens ; il cherche naturellement à la conserver le plus longtemps possible, aussi longtemps que les mœurs et les souveraines autorités le lui permettront, aussi longtemps que de nouveaux principes directeurs ne viendront pas lui imposer des modifications ; les transformations seront plus ou moins lentes, suivant les pays ; mais chaque progrès se fait à son heure, croit suffire à ce moment-là, et exige un égal respect. De là une série de lois, règlements ou coutumes qui fixent les relations humaines, imposent des contraintes, établissent des sanctions. Parmi ces lois, les unes déterminent la constitution de l'État et ses rapports avec ceux qu'il commande : c'est le droit public

(droit constitutionnel, administratif, criminel, organisation judiciaire et compétence); nul ne saurait en modifier l'ordre rigoureusement établi. Les autres concernent les rapports des particuliers entre eux : ce sont les lois civiles et commerciales; parfois simplement interprétatives, surtout en matière de contrats, elles indiquent une solution qu'une convention peut méconnaître; le plus souvent elles sont rigoureusement obligatoires, si l'organisation des personnes ou du territoire est atteinte, ce qui doit être fréquent si l'on suppose des nationaux restant dans leur pays : c'est ce qui explique les restrictions nombreuses de l'ordre public national. — Des étrangers se présentent : quelle sera leur situation? Qu'ils ne puissent par leurs actes et leur influence troubler ce droit public, cette condition des personnes et cette condition du territoire auxquels ils ne se rattachent pas, cela est certain et c'est ici qu'il faut invoquer la souveraineté d'un État; et voilà pourquoi vous leur refuserez la participation aux diverses fonctions et aux droits politiques, ce qui est d'autant plus juste qu'ils échappent à certaines charges ou obligations. Mais réduits ainsi à être inoffensifs, ils pourront invoquer les avantages divers et des dispositions générales de notre législation : voilà pourquoi vous leur accorderez la jouissance de ce qu'on nomme droits publics et droits privés; leur domicile sera inviolable comme celui de tout national, et ils pourront être propriétaires conformément à la loi française. Mais ce n'est pas là l'objet de notre thèse. — Nous devons supposer que dans certains cas le législateur a ordonné de s'en référer à des lois étrangères. *Quand l'État sera-t-il en péril* et quand faudra-t-il limiter cette application

normale? Ce serait d'abord si les lois étrangères venaient entraver le fonctionnement de ces rapports dont la réglementation constitue les diverses branches du droit public; voilà une première restriction que nul n'a jamais constatée et que nous avons à peine besoin d'indiquer; si nous la signalons cependant, c'est qu'elle nous sera utile dans la suite pour diverses solutions; mais en se cantonnant dans le droit privé qui, en somme, risque surtout d'être atteint par des lois de droit privé, quand le danger existera-t-il? Il existerait manifestement si ces lois étrangères voulaient poser des règles sur l'état des nationaux; mais le feront-elles jamais? Quel est le législateur qui a décidé ou qui décidera que la condition de ses sujets sera régie par une loi étrangère? Si même, dans certains cas, on admet l'empire des lois étrangères, c'est à cause du même esprit de justice ou des considérations pratiques qui font désirer et tendent à assurer, en tous lieux, aux nationaux leur statut personnel? Ce danger existerait encore si les lois étrangères tentaient de modifier l'organisation du territoire; mais qu'on se rassure encore! Toutes les législations doivent également décider que cette matière dépend du statut réel¹, et il ne peut être question d'arrêter une loi étrangère là où elle ne se présente pas². Voilà donc les deux principaux soucis du législateur, les deux points qui fixent surtout ses préoccupa-

¹ Dans tous les pays, la loi territoriale réglera la condition des immeubles, les droits dont ils sont susceptibles, la manière dont on les acquiert, etc.

² Il ne sera jamais question de dire que l'ordre public s'oppose à l'application des lois étrangères; il suffira de rappeler l'article 3, Cod. civ., qui décide que les immeubles situés en France sont régis par la loi française.

tions, parce qu'ils constituent sa raison d'être et sa mission, savoir la condition de ses nationaux et la condition de son territoire : ils ne risquent pas d'être compromis, ils sont sauvegardés. L'ordre public universel, celui qu'on oppose aux lois étrangères, ne pourrait donc être invoqué que bien rarement? C'est ce que nous croyons et nous estimons qu'on a beaucoup exagéré l'étendue de son action. Que reste-t-il encore à indiquer pour épuiser la tâche du législateur? Il faut parler des événements et des faits qui mettent en action les personnes et permettent de profiter des biens; il faut penser à leur réglementation, aux diverses mesures, sanctions ou nullités édictées pour assurer le loyal et paisible fonctionnement des actes juridiques; qu'advient-il si une loi étrangère régit l'acte juridique? *A priori* on peut penser qu'elle devra recevoir son plein et entier effet, sauf pour les mesures qui ont été établies dans l'intérêt des tiers : s'il s'agit en effet de protéger uniquement les parties en cause, celles-ci doivent savoir à quoi elles s'exposent et ne peuvent compter que sur la loi qu'elles ont donnée au contrat, soit par leur seule volonté, soit par la qualité des personnes avec lesquelles elles traitent, soit par le lieu où elles se trouvent; de tout cela elles sont averties. Lorsqu'au contraire la loi française a songé aux intérêts des tiers (loi de 1850 sur le contrat de mariage, règles sur la cession des créances, etc.), elle a eu surtout en vue ses nationaux; ceux-ci le savent, ils ne peuvent pas être trompés par des événements auxquels ils ne sont pas mêlés; les diverses mesures de publicité qu'édicté le Code ont pour but de préserver les tiers de maux qu'ils ne peuvent éviter; une loi étrangère ne saurait empirer

leur situation. — Résumons-nous : *à priori*, l'organisation sociale ne semble exiger deux restrictions à l'application des lois étrangères. 1° Les dispositions du droit public ; 2° les dispositions prises dans l'intérêt des tiers. Nous définirons dans la suite ces deux séries de dispositions ; nous verrons combien il est possible de les reconnaître, et comment en somme se réduit avec elles la notion de l'ordre public universel. Il faut au préalable montrer que dans ces limites les lois étrangères, dans les diverses matières où elles sont ordonnées, sont indifférentes à l'organisation sociale et peuvent s'appliquer sans entraves.

CHAPITRE II.

DÉVELOPPEMENT ET JUSTIFICATION DE CE PRINCIPE. SES CONSÉQUENCES.



Le droit privé se développe et s'agit autour de ces trois termes : personnes, biens, actes juridiques. Cherchons quelle place sur chacun de ces points la jurisprudence française donne aux lois étrangères; nous verrons ensuite que celles-ci ont, dans ce domaine, peu à peu renversé les barrières que leur opposaient de fragiles considérations de l'ordre public; nous ajouterons que beaucoup d'auteurs les engagent à vaincre encore la plupart des derniers obstacles. La conclusion se devine; nous essaierons de la justifier.

I.

§ 1. De l'application des lois étrangères en ce qui concerne l'état des personnes.

L'état d'une personne est l'ensemble des qualités qui déterminent au point de vue juridique sa manière d'être, son rang, son rôle dans la société. Lorsqu'il s'agit de Français, la loi française est seule compétente pour fixer les modes et les effets de cette condition; le § 3 de l'article 3 du Cod. civ. est formel; en cette ma-

tière, les lois étrangères ne peuvent donc apparaître que lorsqu'on se trouve en présence d'étrangers; mais, dans ce cas, leur application n'est pas seulement possible, elle est obligatoire; la jurisprudence le décide ainsi maintenant d'une façon constante et sans hésitation. Nous n'avons pas à justifier cette règle rationnelle¹, s'il en fut jamais; nous n'avons pas à rechercher davantage si cette loi étrangère doit être la loi nationale ou la loi du domicile. Il nous suffit de constater ce fait : l'état des étrangers est déterminé devant nos tribunaux par une loi étrangère. Tel est le principe; voyons son fonctionnement.

L'état des personnes est à la fois l'origine et le produit de leurs rapports de famille et de leur capacité; il résulte de certains faits tels que la naissance ou l'âge; il autorise ou défend certains actes, le mariage, la tutelle; il crée l'aptitude légale à devenir le sujet de droits et d'obligations : toutes ces formules sont exactes; et il est malaisé de distinguer et d'isoler ces diverses relations qui exercent l'une sur l'autre une influence réciproque. Il y a entre elles étroite parenté; pour plus de simplicité, nous étudierons en même temps l'état des personnes dans leurs rapports de famille et leur capacité : nous y sommes d'autant plus autorisés que c'est toujours la même loi étrangère qui gouverne les deux séries d'espèces : il y a longtemps que la jurisprudence a posé le principe pour les rapports de

¹ On peut invoquer : 1^o le désir d'obtenir un traitement analogue à l'étranger; 2^o un argument *à contrario* tiré de la lecture de l'article 3, Cod. civ.; 3^o un passage des travaux préparatoires (Loché, I, 398); 4^o la consécration qui est donnée à cette doctrine des lois postérieures (14 février 1882, et 28 juin 1883).

famille, et pour la capacité elle ne lui oppose qu'une résistance de plus en plus faible.

Dans ces questions concernant l'état des étrangers, deux situations très-distinctes peuvent se présenter : 1^o les tribunaux ont seulement à apprécier les conséquences d'un état déterminé par la loi étrangère; 2^o ils sont appelés à prêter un concours quelconque pour la détermination de cet état. Sans doute, l'on peut dire que dans l'un et l'autre cas ils participent à l'application d'une loi étrangère, et qu'à cet égard leur concours se manifeste aussi bien dans la première hypothèse que dans la seconde; il n'y a donc qu'une différence de degrés dans les deux attitudes, mais cette différence est à remarquer. Il nous semble que les deux nuances de cette conduite se retrouvent avec quelque analogie dans deux pratiques du droit international public : un État reconnaît purement et simplement un État de création nouvelle ou même ancienne; et dans ce cas il peut s'incliner, et en réalité il s'incline généralement devant une situation de fait; mais il peut aller plus loin, et contracter avec lui des alliances, et dans ce cas il accepte sa légitimité ou tout au moins use de ses services. De même nos tribunaux peuvent donner aux lois étrangères un appui inégalement actif. Sans vouloir non plus exagérer les ressemblances, nous pourrions rappeler les deux situations qui se présentent pour les sociétés étrangères lorsqu'il s'agit soit de leur simple existence en France, soit de leur fonctionnement dans ce pays¹.

Quoi qu'il en soit de ces analogies, nous distinguons deux situations.

¹ Dans le premier cas une société étrangère agit seulement en justice, plaide, etc.; dans le second elle établit des succursales en France.

PREMIÈRE SITUATION : *Nos tribunaux reconnaissent purement et simplement les conséquences de la loi étrangère.*

Nous croyons que la solution soulève maintenant peu de difficultés : il s'agit de savoir si tel étranger est marié ou non, si tel fils est légitime ou naturel, si tel mineur a un tuteur ou se trouve sous la puissance paternelle, si telle femme est capable de s'engager ou soumise à l'autorisation maritale. Ces questions se posent dans un grand nombre d'espèces, toutes les fois que les personnes dont nous parlons veulent accomplir un acte quelconque en invoquant l'une de ces qualités; par exemple, lorsqu'elles affirment la validité d'un second mariage, lorsqu'elles demandent une pension alimentaire, lorsqu'elles réclament l'usufruit de leurs biens, lorsqu'elles s'opposent à l'exécution d'un contrat. Supposons nos tribunaux compétents dans toutes ces hypothèses; leur première préoccupation sera de rechercher quel est l'état de ces étrangers qui sert de base à leur prétention. Cet état est déterminé par la loi étrangère, il n'y a pas de contestation sur sa nature; s'il y en a eu, le différend a été tranché par un jugement étranger. Faut-il s'incliner devant la décision incontestée et incontestable de la législation étrangère?

L'étranger réclame l'application de son statut personnel comme un droit; c'est sa propre législation qui a déterminé les conditions qui valident son mariage et les causes qui rompent ce lien; c'est elle qui a organisé ses rapports de paternité et de filiation; c'est elle qui a construit cet ensemble de droits et d'obligations à tra-

vers lesquels se déroulent sa vie privée. Il accepte cette condition, puisqu'il conserve et invoque sa nationalité; il en revendique les effets; sa prétention est légitime; nous l'avons, en effet, admise et reconnue comme un droit, d'abord parce qu'il nous a paru juste que chacun garde où qu'il aille les avantages que lui donne en droit privé sa nationalité et sur lesquels il compte naturellement, ensuite parce que nous désirons particulièrement, que les Français puissent se prévaloir en tous pays de l'état que nous leur avons réglé. L'ordre public viendra-t-il s'y opposer? — Le 28 février 1860, dans un arrêt dont nous avons déjà parlé et qui est remarquable, non seulement à cause de l'autorité des magistrats qui l'ont provoqué ou rendu, mais encore parce qu'il consacre un changement significatif de jurisprudence, la Cour de cassation a répondu que non; elle a décidé que l'époux légalement divorcé dans son pays était redevenu complètement libre et pouvait se remarier valablement en France, bien que notre législation ne connût pas alors le divorce; son statut personnel l'affranchissait de tout lien matrimonial; il devait conserver cette indépendance en tous pays. Notre organisation sociale n'est nullement compromise, d'abord, parce qu'il s'agit d'événements qui se sont passés hors de nos frontières; ensuite, parce que leurs effets se produisent sur des étrangers. — Cette jurisprudence nous semble inattaquable; elle a été appliquée dans des hypothèses voisines : bien que l'article 340 défende formellement la recherche de la paternité en France, la cour de Pau (17 janvier 1872, S. 72.2.233) a permis à un étranger d'invoquer en France la déclaration de paternité naturelle obtenue par lui hors de notre territoire;

la cour de Paris (2 août 1866, S. 66.2.342) a jugé qu'il peut se prévaloir de la disposition de sa loi personnelle qui admet, en dehors de toute instance judiciaire, la possession d'état, constante et ininterrompue, d'enfant naturel, comme preuve de sa filiation. — De nombreux arrêts décident que la capacité de la femme mariée sera déterminée par sa loi personnelle, que notamment l'Italienne peut invoquer sur notre territoire l'autorisation générale de contracter que lui a donnée son mari (Trib. civil de la Seine, 5 août 1881, *Journ. du droit intern. privé*, 1882, p. 617; Paris, 17 décembre 1883, *Journ. du droit intern. privé*, 1884, p. 289). — Nous pouvons généraliser et étendre ces décisions; nous dirons que la tutelle ne s'ouvrira que lorsque la loi personnelle des parties l'aura décidé, que par exemple un père veuf espagnol n'a pas besoin de la surveillance d'un conseil de famille, parce que la loi espagnole ne parle de tutelle qu'autant que les père et mère sont décédés (V. en ce sens un arrêt de la cour de Bruxelles du 29 juillet 1865, *Pasicrisie*, 1866, p. 57, et Laurent, *Droit civil intern.*, VI, 101); nous dirons que l'enfant naturel espagnol ou italien sera considéré, en France, comme légitimé par rescrit de son souverain, quoique notre Code ne reconnaisse pas pour nos nationaux pareille légitimation (Voir en ce sens Demangeat, sur Félix, I, p. 84; Fiore, *Droit intern.*, 261; Duguit, *Conflict des lois*, 98; Laurent, *Droit civil intern.*, V, 614); nous dirons que l'Italien âgé de dix-huit ans aura été valablement adopté, qu'un père italien conserve l'usufruit légal jusqu'à la majorité de son enfant. Est-il utile de multiplier les exemples? Qui contesterait que l'enfant né de l'union polygame d'un père musulman,

auquel sa loi personnelle permet d'avoir plusieurs femmes, est légitime? Il est manifeste que si l'on écarte ici toute convocation de l'ordre public, on renonce à en user dans bien des cas, on fait une grande concession à notre système; et, cependant, qui voudrait traiter cet enfant en bâtard? Quel scandale, quel intérêt supérieur invoquerait-on pour condamner au discrédit de l'opinion et au discrédit de la loi ce père et ce fils qui non seulement n'ont commis aucune faute, mais encore se trouvent en parfaite conformité avec les mœurs et les institutions de leur pays? Le juge pourrait prononcer une sentence; la conscience générale ne la ratifierait pas. Avons-nous le monopole de la vérité? Avons-nous surtout celui de la morale?

Dans les hypothèses que nous venons d'indiquer, on n'hésitera guère à reconnaître l'empire exclusif de la loi étrangère : elle est plus que la nôtre favorable à l'étranger qui la réclame comme un droit et il semble de toute justice de lui laisser les bénéfices d'une condition sur laquelle il a dû légitimement compter. Mais les apparences peuvent être moins séduisantes; *supposons que la loi française serve mieux les intérêts de l'étranger, et qu'il veuille se prévaloir de ses dispositions*; peut-être même il est venu en France pour se soustraire aux rigueurs et aux formalités de son statut personnel; lui permettrons-nous de se dépouiller ainsi de la partie gênante de sa condition juridique? Assurément, nous sommes tout d'abord disposés à accueillir sa requête; il s'incline devant notre législation, il reconnaît sa supériorité qui nous semble évidente; il désire régler ses rapports de famille et sa capacité d'après les principes de notre loi; pourquoi refuserions-nous? — En droit

cependant on ne peut admettre que le même individu puisse invoquer les avantages d'une situation et en répudier les inconvénients; s'il y a quelque chose d'indivisible, c'est bien l'état d'une personne; et, s'il est vrai que la personne est tellement attachée à son état qu'elle peut en revendiquer les manières d'être en tous lieux, ce lien intime ne saurait s'affirmer ou s'évanouir selon le bon plaisir, il doit apparaître dans la bonne comme dans la mauvaise fortune; ce n'est qu'à cette condition qu'il existe; *ubi emolumentum ibi onus*. Au surplus pourquoi parler de prescriptions favorables ou défavorables? Tout procès suppose une lutte et des prétentions rivales; aux réclamations du demandeur s'opposent les refus du défendeur; si une loi seconde les efforts de l'un, elle contrarie ceux de l'autre; devra-t-elle pour cela être écartée comme élément de solution? Dans les espèces que nous avons précédemment signalées, lorsque l'étranger invoquait son statut personnel, ceux qui auraient résisté auraient-ils été écoutés? dans les espèces que nous allons exposer, les opposants et les vaincus de jadis devront triompher si ce même étranger se dérobe à son statut personnel. La justice est égale pour tous les plaideurs. — Sera-ce alors le tribunal lui-même qui, se dégageant des intérêts particuliers en cause et examinant dans sa sereine impartialité la valeur intrinsèque des choses, décidera que telle loi étrangère, démodée, injuste ou immorale, doit céder le pas à la loi française qui satisfait mieux à la nouveauté des temps ou à l'éternité des principes? Que la tâche serait difficile, ou plutôt comme elle serait simple? Toute loi nationale n'est-elle pas, tant qu'elle existe, ou tout au moins n'est-elle pas censée, supérieure à celle des peuples

voisins? L'exclusion complète des lois étrangères, telle serait la conséquence logique d'un tel système. Nous avons vu au contraire comment on les accueillait dans les hypothèses précédentes. Qu'importe-t-il de faire dans celles, plus délicates, que nous allons signaler.

Prenons d'abord une de celles qui pourraient soulever le plus de scrupules : l'article 93 du Code civil de Louisiane est ainsi conçu : « Les personnes libres et les esclaves ne peuvent contracter mariage ensemble; la célébration de ce mariage est défendue et le mariage est nul; il en est de même du mariage des blancs ou blanches avec les personnes de couleur libres. » Au mépris de ces prohibitions, des personnes comprises dans ces catégories se marient en Louisiane; à l'égard de leur loi nationale cette union est nulle; en sera-t-il de même si la question est portée devant un tribunal français? Nous répondons nettement que oui, et il en résultera notamment qu'un second mariage contracté en France par l'un de ces prétendus conjoints sera valable. Le tribunal civil de Pontoise a eu à résoudre cette difficulté, et son jugement du 6 août 1884 (*Journ. du droit intern. privé*, 1885, p. 296) ne contredit nullement le système que nous préconisons : une femme de couleur de Louisiane avait épousé un blanc, mais ce blanc était Français, et c'est à cause de cette particularité que les considérants de la sentence annoncent la validité du mariage : « Attendu, disent-ils, que c'est en vue et en « faveur des blancs Louisianais que cette législation spéciale a été conçue et formulée...; qu'étendre cette « nullité à un mariage dont un des époux ne serait pas « Louisianais, ce serait étendre l'article 93 à un cas « qu'il n'a pas spécialement prévu, les lois qui règlent

« la capacité personnelle n'étant faites que pour les nationaux soumis à la législation qui régit cette capacité... » Ne semble-t-il pas résulter de ces considérants que si les deux époux eussent été Louisianais leur loi personnelle eût été appliquée par le tribunal, et leur mariage considéré comme non-avenue; la peine que prend le jugement pour écarter, par des circonstances de fait, l'article 95 du Code civil de Louisiane prouve que cet article, pris en lui-même, était susceptible d'être reconnu par la jurisprudence française. Il est vrai que le jugement se termine par cette fin générale de non-recevoir : « Attendu que l'on ne saurait méconnaître
« que dans l'état actuel de notre législation, toutes les
« lois qui tiennent au mariage et à la constitution de
« la famille touchent à l'ordre public, et que toute restriction à la liberté des mariages fondée sur d'autres
« empêchements que ceux formellement prévus par nos
« Codes et basée notamment sur des distinctions de race
« et de couleur doit être regardée comme devant porter
« atteinte à cet ordre public et social, tel qu'il est établi
« par nos lois constitutionnelles et ne saurait à ce point
« de vue être sanctionnée en France. » Cet unique argument aurait suffi pour trancher le litige dans le sens qui a prévalu; les considérations qui le précèdent sont loin de lui donner de la force et même de préparer sa formule; elles nous paraissent plutôt annoncer la solution contraire, celle que nous soutenons. Et en faveur de notre thèse nous ferons valoir les considérations suivantes :

1° Au point de vue de l'équité d'abord, il importe que l'étranger, nous l'avons déjà dit, subisse son statut personnel aussi bien qu'il l'invoque; c'est une charge aussi

bien qu'une faveur; s'il veut le refuser, il faut qu'il l'abandonne tout entier dans ses avantages comme dans ses inconvénients.

2° Si l'on examine l'utilité pratique, cette doctrine semble encore plus nécessaire; l'étranger et les tiers qui sont en rapport avec lui ont un égal intérêt à savoir quelle loi précise jugera leurs différends futurs; ils doivent tous également redouter l'éventualité de cette notion de l'ordre public qui menace de faire pencher la balance tantôt dans un sens, tantôt dans un autre. N'a-t-on pas vu sur des points capitaux, notamment sur les effets d'un divorce prononcé à l'étranger, les divergences des arrêts? Un arrêt de la cour de Paris du 24 décembre 1866 (*Bulletin de la cour du 1^{er} janvier 1867*, p. 789), reconnaissant comme valable une recherche de paternité déclarée par un jugement de Lisbonne, a mis en lumière ces intérêts pratiques : « Considérant « que l'immutabilité de l'état des personnes, loin de « blesser nulle part l'ordre public, a, au contraire, « pour résultat de donner à la situation de tous une « fixité indispensable à la sécurité des transactions de « toute nature; considérant qu'ainsi les tribunaux français ne peuvent qu'accepter l'état civil des étrangers « tel qu'il est déterminé par les lois de leur pays. »

3° La seule question qui se pose est donc toujours celle-ci : L'organisation sociale de la France sera-t-elle troublée par la reconnaissance en France de la loi étrangère? Évidemment nous ne contestons pas que toutes les lois qui touchent à l'état des personnes sont d'ordre public, mais elles sont d'ordre public national seulement. Le législateur français estime que ses nationaux doivent se marier sous certaine condition, que les

enfants auront tels rapports avec leurs parents, qu'ils leur succéderont suivant tels principes; le maintien de ce règlement touche essentiellement à sa constitution politique; toute modification à ce règlement modifierait en même temps cette constitution; mais, il faut, répétons-le, qu'il s'agisse de familles françaises. Quel trouble réel, effectif, pour cet État français qui n'est formé, en somme, que par l'ensemble des Français, quel trouble résultera-t-il de ce que des étrangers se seront mariés chez eux suivant d'autres règles, et de ce que nous dirons qu'ils seront valablement mariés.

4° S'agit-il seulement d'un trouble moral? Serons-nous atteints dans nos convictions politiques et sociales, deviendrons-nous plus tolérants ou plus corrompus parce que nos tribunaux respecteront les mœurs des pays voisins? nous savions déjà que ces pratiques existaient, nous avons vu parmi nous des gens de civilisation différente, et ni la connaissance de ce mal ni le commerce de ces personnes n'avaient ébranlé le prestige de nos institutions. Nous avons seulement comparé, et quel que soit le résultat de la comparaison, le libre examen engendre le progrès. Sera-ce parce que nos tribunaux s'inclineront comme nous, qu'ils obéiront à un droit comme nous avons obéi à la politesse, que le péril apparaîtra? Faut-il crier au scandale? Quel mot y a-t-il de plus vague et de plus souple? Nous ne méconnaissions pas que chaque législation doive se préoccuper de la moralité publique, combattre certains penchants, encourager certaines tendances. Mais il s'agit ici de l'influence d'actes passés à l'étranger; leur effet moral en est considérablement réduit; il diminue en outre avec le cours des idées qui deviennent de plus en plus tolé-

rantes¹. Examinons, au surplus, l'espèce : deux sujets de la Louisiane, un blanc et une femme de couleur, se marient ; d'après leur loi, cette union est nulle et équivalant à un simple concubinage ; mais les époux le savaient ou étaient censés le savoir. Ce blanc, qui se croit libre, et a de justes raisons pour cela, vient en France et y épouse une Française ; vous allez déclarer que le premier mariage était valable, le second nul et que nous sommes en face d'un crime de bigamie ; où est le scandale ? Des enfants naissent de cette union contractée en France, ils sont légitimes d'après la législation de leur père, mais, parce qu'ils ont une mère française, vous les déclarez bâtards ; où est encore le scandale ? Rien n'est plus incertain que d'invoquer comme argument de droit des considérations de morale, et surtout d'effet moral ; quelle thèse ne saurait en revendiquer ? La même idée soulève l'indignation des uns et laisse les autres indifférents ; en voici un exemple dans une espèce dont nous avons déjà indiqué la solution : M. Delsol (*De l'application du statut personnel de l'étranger en France ; Revue crit.*, 1868, I, 481) s'effraie à la pensée que plusieurs enfants issus d'un père polygame, dans un pays où la polygamie est permise, peuvent venir revendiquer en France les droits d'enfants légitimes. M. Weiss (*Journ. du dr. intern. privé*, 1887, p. 11) est loin de partager cette inquiétude : « Il est certain que nos tribunaux n'hésiteront pas à reconnaître la légitimité des enfants nés du mariage polygame d'un musulman ; le scandale, l'atteinte à la morale résident dans le fait même du mariage entaché de bigamie ; le devoir

¹ Brocher, *Cours de droit intern. privé*, I, p. 325.

et l'intérêt du gouvernement français sont de l'empêcher¹ : mais dès qu'il a été contracté en dehors de sa souveraineté et de ses atteintes, la France n'a aucun intérêt à le tenir pour non-venu, à infliger aux enfants qui en sont issus, le stigmate d'une filiation adultérine. »

5° Élargissons du reste le débat et demandons-nous quels doivent être les rapports des États entre eux au point de vue de la reconnaissance de leurs lois réciproques. Nous sommes loin du temps où, épris de généreuses idées, remplis d'illusions, nous avions la prétention, agréable à notre amour-propre, de porter la vérité et la lumière dans toutes les parties du monde et d'établir la liberté par les armes. L'accueil que nous avons reçu, les témoignages douteux de reconnaissance que nous en avons retirés, en même temps une étude plus attentive de ce qui se passait chez nos voisins, une intelligence plus exacte de leurs institutions et de leurs mœurs, plus de scepticisme sur notre valeur, plus de confiance en la leur, nous ont fait douter sinon de notre supériorité, du moins de notre droit à l'imposer. Respecter les opinions des autres, c'est le commencement du libéralisme en politique, respecter les législations des peuples, c'est le premier principe de droit international. Or le droit privé régleme en de nombreuses prescriptions toute la vie humaine, et organise pour chaque individu un ensemble harmonieux de droits et d'obligations; cet équilibre risque d'être détruit par le conflit de lois différentes et l'application de chacune d'elles à des moments différents : des époux ne sau-

¹ Nous examinerons cette question plus loin à propos de la deuxième situation.

raient être unis ici, libres ailleurs ; un enfant ne saurait être légitime dans un pays, illégitime dans un autre. On doit chercher à éviter ces situations étranges, et c'est l'intérêt réciproque des nations d'accepter les lois étrangères lorsqu'il s'agit de l'état des étrangers, de se prêter à cet égard une mutuelle assistance. Cette assistance se manifeste également dans l'extradition, et elle y est également une conséquence de la confiance des nations entre elles ou tout au moins de leur déférence l'une pour l'autre. — Mais, nous dira-t-on, cette assistance dans l'extradition n'est nullement illimitée ; elle est, au contraire, raisonnée, et ne s'exerce jamais à l'encontre des principes du droit public. Nous répondons que l'extradition, qui se présente en matière pénale, c'est-à-dire dans une branche du droit public, soulève des questions intéressant les rapports de l'État avec les particuliers, mais que les mêmes difficultés n'apparaissent pas dans les problèmes du droit privé ; au surplus, si des principes de droit public étaient agités dans les procès que nous étudions, nous avons déjà dit et nous répéterons qu'il faudrait toujours appliquer la loi française. Ajoutons que l'on comprend une différence de traitement pour la reconnaissance des lois étrangères en droit pénal et en droit privé. Les États n'ont pas le même intérêt à voir appliquer les lois privées ou les lois pénales partout à leurs nationaux ; lorsque ceux-ci, en effet, après avoir commis un crime, sont réfugiés dans un pays voisin qui ne considère pas le fait comme coupable, ils sont obligés d'y séjourner toujours ou plutôt le temps de la prescription ; le retour dans leur patrie les exposerait aux poursuites ; ils ne donneront donc pas à leurs compatriotes le spectacle de

leur impunité. Au contraire, en droit privé, des individus, incapables chez eux, pourront aller à l'étranger, y contracteront des engagements valables, en retireront des bénéfices et reviendront en jouir au milieu des leurs. Il peut sembler paradoxal qu'un État se désintéresse davantage de son droit pénal que de son droit privé; c'est que le droit pénal, prévoyant un trouble profond de la société, produit au moins ce premier effet d'obliger les coupables à s'enfuir et de les empêcher de revenir, tandis que le droit privé, ne mettant en présence que des intérêts particuliers, n'implique aucune sanction de ce genre. — S'il en est ainsi, chaque État doit faire pour les autres ce qu'il désire qu'ils fassent pour lui. Reconnaître aux étrangers leur statut personnel en toute hypothèse, c'est le meilleur moyen de déterminer les étrangers à reconnaître toujours aux Français leur loi personnelle. Nous ne disons pas qu'on soit sur le point d'arriver à ce résultat; c'est un idéal cependant à encourager; cette thèse, au surplus, n'interprète pas une législation existante, elle indique seulement les tendances de cette législation et détermine le but auquel elle peut aboutir. Lorsque les tribunaux appliqueront ainsi des lois étrangères, il résultera de ce frottement un examen plus sérieux des institutions des peuples voisins; un accord pourra se faire sur bien des points; des préjugés disparaîtront; il ne subsistera que les différences importantes qui tiennent au climat, à la race, à la religion. Alors, évidemment, les divergences s'effaçant, chaque pays redoutera moins cette audace d'accepter les effets des lois étrangères; il est vrai qu'en même temps on aura moins de raisons ou d'intérêts pour les invoquer; mais, pour arriver à ce résultat

certainement désirable, il faut commencer par les connaître et les appliquer.

6° Nous dirons donc d'une façon générale que les tribunaux français doivent reconnaître l'état des étrangers fixé par leur statut personnel : l'équité, la sécurité des transactions recommandent cette solution, les intérêts de l'État ne la contredisent pas et l'encouragent plutôt ; allons plus loin : c'est une condition indispensable de bonne justice. Permettre à la magistrature de comparer les diverses législations entre elles, c'est l'entraîner dans un domaine politique où il est bien difficile de conserver l'impartialité. C'est ainsi que la cour de Paris, par arrêt du 16 janvier 1836 (S. 36.2.70), refusa de reconnaître comme susceptible de produire ses effets en France la déclaration d'interdiction prononcée en 1833 contre le duc Charles de Brunswick, par ses plus proches agnats, conformément à la législation dont il relevait, et cette décision s'autorise des circonstances politiques dans lesquelles l'acte était intervenu. Fœlix (*Droit intern. privé*, II, 213) a fort bien relevé ce que ces motifs ont de dangereux et contraire aux principes : « La circonstance que l'acte d'interdiction, dit-il, avait un motif politique ne pouvait donc pas déterminer les juges à s'écarter du principe reçu par l'usage des nations, et d'après lequel on respecte les actes de juridiction volontaire passés dans les pays étrangers. Si la magistrature française peut regarder comme un acte de courage de sa part la résistance qu'elle a opposée, dans l'intérêt d'un prince détrôné, à l'exécution de l'acte d'un prince aussi puissant que l'est le roi de la Grande-Bretagne, elle doit se garder de créer des précédents qui peuvent devenir funestes à ses propres justiciables.

En effet, l'arrêt du 16 janvier 1836 autorise les tribunaux étrangers à refuser l'exécution de la nomination d'un conseil, faite en France en vertu de l'article 513 du Code civil, à un sujet français, pourvu qu'ils mettent en avant le prétexte que les dépenses du prétendu prodigue n'auraient qu'un but politique. » De pareils moyens devraient être interdits devant les tribunaux; la loi doit être rigoureusement observée; les distinctions engendrent les subtilités : si la justice semble y gagner dans un cas, elle y perd dans tous les autres.

Notre théorie est donc générale, et nous avons essayé de la justifier pour l'hypothèse la plus délicate. Est-il besoin d'insister pour d'autres situations qui font moins de doutes? Nous approuverons l'arrêt de la cour de Chambéry du 9 janvier 1884 (*Journ. du droit intern. privé*, 1883, p. 110) qui décide conformément à notre système, que la femme valaisienne ne peut s'engager en France sans avoir obtenu préalablement l'autorisation de la Chambre pupillaire du canton, conformément à la loi du Valais. — Il est facile d'indiquer d'autres solutions : la loi italienne prohibe l'adoption de l'enfant naturel comme étant de nature à écarter ses parents du mariage qui doit le légitimer; si une pareille adoption était faite en Italie, nous ne saurions la considérer comme valable. — En Prusse, la confirmation royale est exigée pour toute adoption confirmant un nom et des armes de noblesse; quoique notre droit répudie une telle distinction de classes, l'adoption faite en Prusse qui manquerait de cette confirmation nous semblerait nulle. — Nous admettrons aussi bien que la puissance paternelle d'un Espagnol cesse par suite de la profession religieuse du père ou l'enfant; que l'aïeul paternel autrichien est

tuteur de son petit-fils, de préférence à la mère autrichienne ; que l'Anglais prodigue contracte valablement sans l'assistance d'un conseil judiciaire. — Insistons sur un point que la jurisprudence refuse nettement d'admettre : elle décide que tout mariage, contracté en France par des étrangers, légitime l'enfant né de leurs relations antérieures même si la loi personnelle ne reconnaît pas la légitimation. Pour combattre cette doctrine et rétablir notre système, nous citerons un passage de M. Duguit, professeur à la Faculté de Bordeaux (*Journ. du droit intern. privé*, 1886, p. 515) : « Pour décider que l'enfant est légitimé en France, on peut invoquer l'esprit du droit français d'après lequel la légitimation est d'ordre public, et un arrêt de la Cour de cassation de 1857 y fait allusion. L'objection nous touche peu : nous l'avons dit souvent : la notion d'ordre public est très-vague, et il importe de ne l'invoquer qu'avec une extrême réserve. La disposition des lois françaises autorisant la légitimation se fortifie sans aucun doute par des raisons d'un ordre moral élevé, mais elle fait partie de cet ensemble de règles que nous avons souvent rencontrées et qui sont édictées uniquement dans l'intérêt des familles françaises. Chaque législateur est compétent et seul compétent pour déterminer l'organisation des familles que fondent ses sujets, et nous comprendrions difficilement que le Code français fût la loi constitutive d'une famille anglaise. On arriverait d'ailleurs en déclarant l'enfant légitimé à un résultat qu'il importe d'éviter dans la mesure du possible : la même personne considérée comme enfant légitime en France et comme bâtard en Angleterre. » M. Duguit soutient encore les conséquences de cette

théorie; il dit qu'il ne connaît pas de nations civilisées permettant la légitimation des enfants adultérins; mais, si pareille légitimation existait, et si l'enfant adultérin était légitimé dans son pays, il acquerrait la qualité d'enfant légitime et le tribunal français ne pourrait que constater cet état.

En résumé, dans cette première situation, l'application de la loi étrangère n'a à subir aucune restriction au nom de l'ordre public universel. Est-ce à dire que nous acceptons en cette matière toutes les dispositions quelconques des législations voisines, notamment celles qui établissent des incapacités pour des différences de race et de religion? Est-ce à dire que, des étrangers venant en France, nous les déclarerions enchaînés par un statut que nos constitutions réprouvent? Nous n'allons pas assurément jusque-là. Nous pouvons considérer les actes qu'ils concluent chez eux comme nuls ou valables suivant leurs propres lois, et en même temps leur accorder chez nous la jouissance de ce que nous appelons les droits publics. C'est là la restriction au nom du droit public que nous avons annoncée; mais ce n'est pas le moment d'insister sur ce point; il suppose une intervention plus directe de nos tribunaux, c'est-à-dire la seconde situation que nous avons prévue ¹.

DEUXIÈME SITUATION : *Nos tribunaux participent activement à l'application de la loi étrangère.*

Nos tribunaux se bornent rarement à constater que tel mariage est valable, à déclarer que tel enfant est

¹ Nous ne pouvons accorder les bénéfices de nos droits publics que là où nous commandons.

légitime, à prononcer la nullité de tel engagement d'un incapable. Dans ces cas leur rôle est en quelque sorte passif; ils s'inclinent devant la loi étrangère, ils font acte de déférence à son endroit. Plus souvent on sollicitera d'eux un concours plus actif, une assistance plus caractérisée à la loi étrangère; on leur demandera d'ordonner la conclusion d'un mariage, de résoudre une question de filiation, d'édicter une mesure de police, de faire exécuter un contrat; dans ces espèces il s'agit d'introduire certaines procédures, de mettre en mouvement la force publique, de donner des injonctions à des fonctionnaires publics, et il y a tout d'abord des questions préjudicielles à résoudre : les tribunaux sont-ils compétents? la procédure est-elle autorisée? l'officier de l'état civil connaît-il des actes de cette nature? la force publique peut-elle accepter un telle mission? Tout cela se rattache à l'organisation judiciaire ou administrative, appartient au droit public. Nous avons déjà dit que les lois étrangères ne sauraient modifier les institutions de notre droit public; nous devons rappeler ce principe. Notre législateur a décidé que telle matière ressortirait des tribunaux de commerce, telle autre des tribunaux civils; une loi étrangère ne peut bouleverser cette répartition de compétence. Il a décidé que l'officier de l'état civil célébrerait des mariages, recevrait des reconnaissances d'enfant naturel, etc.; une loi étrangère ne peut lui imposer des actes qu'il ignore. Il a décidé que la force publique userait de telle répression, exécuterait la contrainte par corps de telle façon; une loi étrangère ne saurait créer des formes inconnues ou des cas particuliers d'emprisonnement. Nous essaierons de déterminer plus loin à quels signes on reconnaît

le droit public; supposons pour le moment qu'il n'y ait point de contestation sur ces points, qu'il s'agisse d'actes, de procédures, de mesures possibles selon la loi française. Leur mise en œuvre suppose ou exige un certain état des personnes, des rapports de famille déterminés, une capacité spéciale. A quelle loi fera-t-on appel pour savoir si ces conditions existent. Nous l'avons déjà dit, au statut personnel; par suite, s'il s'agit d'étrangers, aux lois étrangères. Ce principe, dont nous avons déjà vu l'application absolue dans certaines hypothèses, se maintient-il avec la même énergie pour les cas nouveaux que nous supposons? C'est ce que nous allons examiner.

Rappelons avant toute discussion ce qui se passait dans l'ancienne jurisprudence. Empruntons, à ce sujet, au réquisitoire de M. le Procureur général Dupin de 1860 (voir plus haut), une citation de Troplong : « Les juifs admis en France avaient, avant la Révolution, le privilège de se gouverner suivant leurs usages. Henri II, qui les accueillit, donna des lettres patentes qui les autorisaient à vivre selon leurs usages et défense de les y troubler tant en jugement qu'en dehors. Louis XVI confirma ce privilège en 1776 par lettres patentes. On voit qu'il y avait entre les juifs et les étrangers assimilation parfaite : de même que l'état d'un étranger est réglé même en France par les lois de son pays, de même l'état du juif était réglé par ses usages; la loi civile avait fait à l'égard des juifs ce que la loi politique a fait à l'égard des étrangers. Or, un des usages des juifs était le divorce; leurs mariages se célébraient sans solennité et se dissolvaient de même. Eh bien! les tribunaux français prononçaient le divorce des juifs, lorsqu'ils le

demandaient et qu'il était contesté. Bien plus, à Rome ils divorçaient, et ni le Pape ni l'Inquisition n'y mettaient obstacle, parce que c'étaient une de leurs immunités; de même pour un étranger, c'est une immunité d'être gouverné par les lois de son pays quant à l'état. » Telle était l'ancienne pratique à une époque où la souveraineté était plus étroite, la morale plus jalouse; une simple tolérance aboutissait à ce libéral résultat. L'idée d'un droit strict sera-t-elle de nos jours moins efficace? Les conceptions et les mœurs modernes qui semblent devoir encourager et affermir cette attitude viendront-elles au contraire, par une étrange réaction, la modifier ou la condamner? Écoutons la jurisprudence et les auteurs.

Parlons d'abord *du mariage*, et en premier lieu de ses éléments intrinsèques de validité. — En ce qui les concerne, on se détermine d'après la loi personnelle, et le principe est que l'officier de l'état civil, auquel la célébration est demandée par des étrangers, doit les écouter s'ils remplissent les conditions exigées par leur législation; au besoin les tribunaux sont là pour l'y contraindre. Voyez le consentement des parents : il ne sera pas exigé si la loi étrangère ne l'impose pas; c'est ainsi qu'un Suisse pourra se marier à vingt ans en France sans avoir rempli cette condition; il y a en ce sens une circulaire du ministre de la justice du 2 août 1884. Quant à l'âge requis, il y a bien des circulaires ministérielles qui appliquent à tous les limites du Code civil; mais elles datent du 10 mai 1834 et du 29 avril 1832, c'est-à-dire d'une époque déjà ancienne; maintenant les auteurs tendent de plus en plus à déclarer que c'est la loi personnelle qu'il faut encore considérer,

qu'un sujet espagnol de quatorze ans et une fille de même nationalité de douze ans pourront contracter mariage sur le territoire français; la maturité des forces physiques et de l'intelligence varie avec les races et les climats, est plus ou moins précoce suivant la latitude; qui mieux que la loi personnelle peut apprécier la capacité qui en résulte? (Voyez en ce sens Fiore, *Droit intern.*, p. 180; Laurent, *Droit civil intern.*, IV, p. 551; Weiss, *Droit intern.*, p. 632.) Arrivons aux prohibitions fondées sur la parenté ou l'alliance qui peuvent être levées par une dispense depuis la loi du 16 avril 1832¹; dira-t-on que l'organisation de l'État est liée au respect d'une défense qu'un simple acte administratif suffit à lever, et qui en fait est souvent retirée de cette façon? Aux États-Unis, le mariage entre beau-frère et belle-sœur, presque universellement admis, est prohibé dans la Virginie; ce qui n'empêche pas, nous dit Laurent (IV, 515), de respecter dans cette province les unions de ce genre contractées dans un des États qui les autorise (V. en ce sens M. Lainé, profess. de droit intern. privé à Paris, à son cours). Enfin, en ce qui concerne les prohibitions résultant d'un précédent mariage, faut-il encore reconnaître le seul empire de la loi étrangère? Autoriserons-nous un sujet ottoman déjà marié à épouser en France une femme ottomane comme lui? Ici nous sommes arrêtés par une disposition fort nette de notre droit public : L'article 340, Cod. pénal, punit des travaux forcés à temps « quiconque, étant engagé dans

¹ Il est inutile de parler des autres prohibitions; où trouver une législation qui autorise le mariage entre parents en ligne directe, et même entre frères et sœurs? En tous cas l'invasion de pareilles lois, si elles existent, ne nous menace guère.

les liens du mariage, en aura contracté un autre avant la dissolution du précédent, » et l'officier public qui aura prêté son ministère à ce mariage connaissant l'existence du précédent, sera condamné à la même peine. Or, les lois de police et de sûreté, c'est-à-dire en première ligne les lois pénales, obligent tous ceux qui habitent le territoire (art. 3, Cod. civ.); ce n'est du reste que la restriction du droit public que nous avons déjà annoncée plusieurs fois. Cette restriction apparaîtrait encore si l'on voulait en France priver les étrangers des facultés que reconnaît à tout homme le droit public français; si l'on voulait, par exemple, faire prévaloir chez nous les incapacités qui atteignent dans quelques pays les sujets de certaines races, les membres des Églises dissidentes, les condamnés à certaines peines. Un citoyen de l'État du Texas, appartenant à la race blanche pourra, malgré son Code civil, épouser en France un individu de couleur; un moine, déchu à cause de ses vœux de tous droits dans sa patrie, pourra contracter mariage devant nos officiers de l'état civil; il en sera de même d'un individu condamné à l'étranger de la peine de la mort civile. Dans ces espèces, on invoquera notre droit public; on ne parlera pas, à moins de confusion, de l'ordre public.

Les droits et obligations, que le mariage établit, d'une part, entre les époux, et, d'autre part, entre les parents et les enfants, se rattachent essentiellement à l'état des personnes; ils en sont même une des plus importantes manifestations; c'est donc la loi étrangère qui sera appliquée aux étrangers. Nous avons déjà vu que par arrêt du 16 janvier 1882, la cour d'Alger (*Journ. du droit intern. privé*, 1882, p. 627) avait décidé que le statut

personnel déterminait seul l'obligation pour les enfants de fournir des aliments à leurs parents; il en résultera que l'Italien pourra être obligé de fournir des aliments sur notre territoire à son frère également italien, quoique la loi française n'impose aucune obligation de ce genre aux collatéraux (Voir Renault, *Revue crit.*, 1883, p. 724; *Examen doctrinal*); à l'inverse, un gendre anglais ne saurait réclamer en France des aliments à son beau-père de même nationalité. — Un arrêt de la Cour de cassation du 19 avril 1852 (S. 52.1.801), décide que, la capacité de deux époux français étant régie par la loi française, les ventes faites par le mari à sa femme de ses biens situés en pays étrangers sont nulles comme contraires à l'article 1795; nous appliquerons de même en cette matière aux étrangers leur loi personnelle, et nous dirons que, s'il s'agissait d'époux italiens, la vente serait valable (en ce sens Laurent, *Droit civil intern.*, VIII, 201). La Cour de cassation a cependant refusé, dans son arrêt du 4 mars 1857 (S. 57.1.247), de voir une question de capacité dans une matière bien voisine, celle des donations entre époux; mais cette décision est vivement contestée et Laurent dit à ce sujet (*Droit civil intern.*, IV, p. 497) : « Une disposition qui a pour objet de garantir la libre expression de volonté du donateur est personnelle de sa nature : il serait absurde de la déclarer réelle, car ce serait dire que la volonté du donateur est libre ou non, suivant que les biens donnés seraient situés dans un pays ou dans un autre. » Nous dirons encore avec M. Weiss (*Droit intern. privé*, p. 676), qu'un père autrichien sera tenu en France de doter sa fille autrichienne comme l'exige leur loi nationale commune; « l'intérêt général de l'État français n'exige

pas qu'un étranger opulent puisse se soustraire aux obligations auxquelles la loi de son pays a cru devoir le soumettre vis-à-vis de ses enfants. » — C'est donc toujours la loi étrangère qui s'applique sur ces points aux étrangers ; aussi ne permettrons-nous pas à un étranger d'invoquer en France, nonobstant les dispositions de sa loi personnelle, la jurisprudence qui permet d'obtenir *etiam manu militari* la réintégration de la femme fugitive ; le tribunal d'Évreux avait cependant gravement déclaré le 13 février 1861 (D. 62.3.39), que l'obligation pour la femme d'habiter avec son mari est un effet du mariage, que, fondée sur la religion, la morale et le droit international en usage chez tous les peuples, elle est absolue, d'ordre public, et suit la femme en tous lieux. M. Laurent discute à peine la question de savoir si en cette matière le statut personnel doit s'incliner. « C'est demander, dit-il (*Droit civil intern.*, V, p. 443), si les droits de la société, son existence, sa conservation exigent que le mari étranger puisse faire ramener sa femme chez lui par les gendarmes. Il me semble qu'il suffit de poser la question pour la résoudre, car elle est presque ridicule. » — Autoriserons-nous d'un autre côté le mari anglais, résidant en France, à recourir contre sa femme sur notre territoire aux mesures de correction ou de séquestration que la loi anglaise autorise ? Nous sommes obligés ici de déclarer que les agents de notre force publique sont incompétents ; ils n'ont pas reçu mission de pratiquer une telle contrainte ; la détermination de leurs pouvoirs fait partie du droit public ; par suite, l'Anglais ne pourra obtenir complète satisfaction.

Arrivons aux causes de dissolution du mariage. C'est

toujours la loi étrangère que l'on applique aux étrangers. Par suite, deux Italiens ne pourront pas obtenir en France un divorce que leur loi nationale condamne; beaucoup d'auteurs ont cependant soutenu l'affirmative (Voyez Asser et Rivier, *Éléments de droit intern. privé*, 118; Wächter, *Archiv. für civilistische Praxis*, XXV, 117; la *Revue de droit intern.*, 1881, p. 440); un arrêt de la Cour de cassation de Belgique du 9 mars 1882 (*Pasicrisie*, 82.1.62) est en leurs sens; et la jurisprudence allemande applique l'article 77 de la loi d'Empire du 6 février 1875, aux termes duquel tout jugement de séparation de corps peut être transformé en Allemagne en jugement de divorce, non seulement aux décisions des tribunaux allemands, mais encore à celles rendues par les juridictions d'un pays où le divorce n'existe pas, par exemple en Autriche entre catholiques. Nous combattons cette doctrine et demandons toujours l'application de la loi personnelle. « Sans doute, dit Laurent (*Droit civil intern.*, V, 297), le divorce est un droit absolu, mais, tant que ce droit n'est pas reconnu dans tous les États, il n'est qu'une abstraction. Et si les tribunaux le maintiennent à l'encontre des lois étrangères qui prohibent le divorce, qu'en résultera-t-il? Des conflits scandaleux, des mariages réputés légitimes dans un pays et criminels dans un autre, des enfants considérés ici comme légitimes et là-bas comme bâtards adultérins? Qu'est-ce que la morale gagnera à ce droit absolu de divorcer? Ne vaut-il pas mieux s'en tenir au statut personnel et refuser le divorce aux étrangers à qui leur loi nationale défend de dissoudre le mariage. » On admettra à plus forte raison que l'adultère ne constitue une cause de séparation de corps ou de divorce que si la loi étrangère

lui attache cet effet. Est-ce à dire que si une femme étrangère commet un adultère en France elle restera impunie? Non, l'article 337 du Code pénal est une loi pénale, une loi de droit public; il s'applique aux étrangers.

En matière de *paternité et de filiation*, il faut également appliquer la loi personnelle : « On ne disputera pas, sans doute, disait Bouhier, aux lois, qui ont été faites pour régler la matière de prouver la filiation des enfants et qui ne sont pas toujours uniformes, la qualité de personnelles. » Les étrangers seront soumis à leur loi étrangère, et l'on peut citer nombre d'auteurs qui écartent ici toute idée d'ordre public. M. Weiss (*Droit intern. privé*, p. 723) décide que la durée de l'exercice de l'action en désaveu ne touche pas à l'ordre public : « Il est difficile de soutenir que la décence publique et l'intérêt général se trouveront plus gravement offensés en France, si le procès en désaveu est intenté huit ou dix mois après l'accouchement par un étranger auquel sa loi personnelle donne le droit d'y recourir, que si ce même procès avait été jugé quelques mois plus tôt. » Mais il a annoncé, quelques lignes plus haut, que le mode d'exercice de cette action peut, dans certains cas, être uniquement réglementé par la loi française; que notamment l'impuissance naturelle ne saurait être admise devant nos tribunaux, quelles que soient, à cet égard, les dispositions de la loi étrangère. Évidemment, il trouve quelques bonnes raisons pour justifier cette décision, mais rien n'est plus dangereux que d'entrer dans cette voie des restrictions de l'ordre public, rien n'est plus incertain que les solutions auxquelles on veut s'arrêter; dans l'espèce, M. Duguît

(*Journ. du droit intern. privé*, 1885, p. 371) combat avec raison cette dernière opinion de M. Weiss : « Quelle idée a inspiré le législateur dans la rédaction de l'article 343? A-t-il considéré comme immoral le débat judiciaire né à l'occasion de l'impuissance naturelle? Nous ne le croyons pas : le législateur, en effet, autorise certainement un pareil procès dans le cas d'erreur sur la personne (180, C. civ.). Comment se serait-il montré plus sévère à propos de la filiation qu'à propos du mariage? Le législateur a encore été guidé uniquement par la faveur toute particulière qu'il accorde aux enfants légitimes; il n'a pas voulu que la légitimité de l'enfant fût subordonnée à l'issue incertaine d'un procès aussi délicat. C'est encore une disposition édictée dans l'intérêt des familles françaises et applicable seulement à une famille française. » On le voit, lorsque les interprètes se mettent à rechercher les mobiles du législateur, c'est comme lorsqu'ils fouillent les travaux préparatoires, ils découvrent presque toujours des considérations et des passages en faveur de leur thèse, quelle qu'elle soit. Ces contradictions ne doivent-elles pas nous mettre en garde contre l'usage d'une telle méthode? Retenons seulement que l'application exclusive de la loi étrangère gagne de plus en plus de terrain. — Cette autorité sans cesse grandissante apparaît encore dans la recherche de la paternité : l'article 340 semble à beaucoup une disposition s'imposant à tous individus, nationaux ou étrangers (Voyez Fiore, *Droit international privé*, p. 247; Phillimore, *Private international law*, p. 386; Durand, *Droit international*, p. 345; Weiss, *Droit intern.*, p. 730), et la jurisprudence est nettement en ce sens (Cass., 25 mars 1868, *Journ. du Palais*, 1868,

p. 939). Écoutons cependant Laurent (*Droit civil intern.*, V, p. 547) : « Les motifs de la loi jouent sans doute un grand rôle dans l'application de la loi ; ils ne sont cependant pas la loi. Dans l'espèce, d'ailleurs, il s'agit de savoir si le juge peut appliquer la loi étrangère ; le juge doit donc voir non ce que le législateur français a craint ou espéré, car ses craintes ou ses espérances ne s'adressent qu'à la nation française ; » et il conclut à la possibilité d'appliquer la loi étrangère, parce que « la prohibition absolue du Code français est la violation la plus sacrée de tous les droits, du droit que l'enfant tient de la nature et de Dieu. » C'est par ces considérations morales que M. Laurent se détermine ; si nous reproduisons les termes de son opinion, c'est plus pour montrer la tendance de la doctrine que pour nous associer à ses motifs de décision ; nous préférons de beaucoup les termes de la conclusion de Brocher (*Cours de droit intern. privé*, p. 330), dans le même sens : « Nous concluons que les effets des lois étrangères statuant en telle matière doivent être respectés, en principe, comme tout ce qui tient à l'état et à la capacité des personnes. Nous aurions peine à croire qu'une simple dissidence de vues sur un sujet aussi délicat dût suffire pour soulever un obstacle d'ordre public international ; ce sont des matières sur lesquelles on peut varier sans s'accuser réciproquement d'hérésie ou d'immoralité. »

Est-il utile de citer d'autres exemples pour montrer les conséquences de notre principe dans les autres matières qui concernent l'état des personnes ? En ce qui concerne les tutelles, les lois étrangères seront également toutes-puissantes ; un mineur prussien n'aura pas

d'hypothèque légale sur les biens de son tuteur parce que sa loi nationale ne lui en accorde pas. De même la puissance paternelle s'exercera conformément au statut personnel; un Anglais ne pourra invoquer le droit de détention de l'article 376, Cod. civ., parce que sa législation n'en parle pas; un enfant italien habitant le sol français pourra être tenu éloigné de la maison paternelle par application de l'article 221 du Code italien; c'est ce qu'a décidé, nous l'avons vu, un arrêt de la cour de Paris du 2 août 1872 (*Journ. du droit intern. privé*, 1874, p. 32).

On le voit, les tribunaux observent très-souvent les lois étrangères; les auteurs les réclament de plus en plus; il n'y a plus qu'à profiter de ces tendances et de ces encouragements, qu'à tirer une règle générale de ces faits particuliers pour dire que l'application des lois étrangères s'impose ici sans limites, réserve faite pour ce qui touche au droit public. En faisant cette généralisation, en posant ce principe général nous n'innovons que sur quelques points. Le pouvons-nous? Les individus nous le demandent comme un droit; la seule question est de savoir si les tribunaux ne rencontrent aucune opposition dans les droits ou intérêts de l'État.

Nous avons déjà dit que les idées nouvelles sur l'assistance internationale, que les intérêts bien compris des nations leur conseillaient la reconnaissance pure et simple des lois étrangères pour l'état des étrangers. Les mêmes considérations doivent les porter à concourir à l'application de ces mêmes lois. Nous avons mis hors du débat tout ce qui touche au droit public; il ne s'agit donc que d'intérêts particuliers; assurer, dès lors, l'exécution des lois étrangères c'est servir les étrangers sans

nous compromettre. Le scandale, s'il existe, retombera sur ceux qui l'auront provoqué; le tribunal français sera un instrument indifférent parce qu'il s'agit d'étrangers, irresponsable parce qu'il s'agit de lois étrangères.

Mais, dira-t-on, voilà une étrange façon de comprendre le progrès et la transformation des mœurs et des idées modernes. Est-ce ainsi que vous accordez aux étrangers la jouissance des droits civils? Vous empêchez des cousins-germains espagnols¹ de contracter mariage en France à cause de leur parenté, et, si la loi étrangère ne connaît pas l'adoption², vous refusez aux étrangers cet acte que vous permettez à vos nationaux. — Tels sont, en effet, les résultats auxquels nous aboutissons, et nous croyons qu'on peut les justifier. Lorsque l'article 13 de notre Cod. civ. accorde aux étrangers, résidant en France avec l'autorisation du Président de la République, la jouissance des droits civils; lorsque la jurisprudence arrive de plus en plus au même résultat pour des étrangers quelconques, et lorsque nous encourageons cette tendance, que fait-on et que conseillons-nous? On déclare qu'en ce qui concerne les droits privés nous n'attachons aucune incapacité, aucune infériorité à la seule condition d'étranger; cette qualité n'enlève aucun droit pas plus qu'elle n'en crée aucun; elle est indifférente, elle disparaît, elle n'existe plus. Jadis on se défiait des étrangers, on soumettait même l'exercice de leurs droits privés à des restrictions; aujourd'hui ces restrictions sont effacées. Mais cela n'em-

¹ La loi espagnole défend le mariage entre cousins-germains.

² Nous supposons que la jurisprudence soit arrivée à interpréter l'article 11, Cod. civ., dans le sens le plus libéral.

pêche pas que ces personnes que nous accueillons sans défiance, avec lesquelles nous avons des relations, sont des Anglais, des Espagnols, des Allemands; qu'ils ont, par suite, reçu de leur législation un certain état qui leur donne des droits et leur impose des obligations. Cette condition juridique est acceptée par nous dans la plus large mesure; nous ne nous contentons donc pas de ne plus placer les étrangers dans une situation défavorable et de supprimer l'antique déchéance; nous faisons bien plus; nous respectons leurs lois et leurs institutions; c'est le meilleur moyen de leur témoigner la confiance qu'ils nous inspirent; comment pourraient-ils se plaindre¹? les assimiler à nos nationaux, les soumettre à toutes les prescriptions qui frappent ces derniers, leur imposer une condition, cela équivaut, dans une certaine mesure, à leur refuser certains droits ou à établir à leur endroit des incapacités; c'est même remplacer une servitude négative par une servitude positive; c'est, dans tous les cas, décréter à leur égard des contraintes. Leurs réclamations seraient donc sans fondement! Ajoutons que, s'ils veulent invoquer l'état réservé aux Français, rien ne leur est plus facile: qu'ils se fassent naturaliser. N'est-il pas à souhaiter que ceux qui se trouvent sur un territoire deviennent désireux d'en acquérir la nationalité, et supportent ainsi les charges en même temps qu'ils jouissent des avantages? Aujourd'hui que la situation des étrangers s'est améliorée, que beaucoup vont s'établir hors de leur patrie, que, particulièrement, la France renferme une quantité considérable d'émigrés, il faut chercher à faire dimi-

¹ N'oublions pas qu'ils jouissent, sans contestation, de tous les droits publics,

nuer le nombre de ces gens, qui vivent en paix dans un pays sans se préoccuper d'en acquérir la nationalité. Si leur condition juridique les suivait toujours, ils seraient bien obligés de se résoudre à cette extrémité pour invoquer tous les bénéfices de la législation française, qui nous semble certainement supérieure à la leur, et qui ne leur déplait guère, puisqu'ils viennent vivre sous son empire. Que les moyens d'acquérir la nationalité soient alors simplifiés, c'est ce qui s'imposera, sans doute, si les tendances que signale cette thèse arrivent à être acceptées.

II.

§ 2. De l'application des lois étrangères en ce qui concerne la condition des biens.

Les biens, c'est-à-dire les choses susceptibles d'appropriation, capables d'augmenter la somme des pouvoirs ou jouissances des personnes, ont reçu, comme celles-ci, du législateur une certaine manière d'être au point de vue juridique, une constitution déterminée ; c'est ce que nous appellerons leur condition juridique. Cette condition se manifeste dans les caractères qui distinguent les biens, dans les droits dont ils sont l'objet, dans les causes qui modifient ces droits. Peut-il être à cet égard question des lois étrangères ?

Une grande catégorie de ces biens, celle des immeubles, ne soulève aucune difficulté. Le § 2 de l'article 3 du Code civil est formel : « Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. » Cette compétence est logique et universelle. « Le pouvoir législatif de chaque État, écrit

M. Brocher, (I, p. 388), ne s'exerce-t-il pas principalement et avant tout sur un territoire déterminé? Chacun de ces territoires ne se trouve-t-il pas, en fait, le centre et la base de tout un ensemble de droits qui doivent s'y développer en harmonie? » Donc toutes les fois qu'il sera question de cette condition juridique imposée par la loi aux biens immobiliers, les tribunaux français appliqueront la loi française; s'il s'agissait d'immeubles étrangers, sans aucune difficulté ils appliqueraient la loi étrangère; mais ce ne serait qu'une manifestation platonique, leurs jugements ne recevant en cet endroit aucune exécution par leur seule force. Nous pouvons donc dire que les lois étrangères n'apparaîtront pas toutes les fois qu'il s'agira de la constitution intime des immeubles; et ces cas sont fréquents : à quels caractères reconnaît-on les immeubles? De quels droits peuvent-ils être l'objet? Quels sont les modes d'acquisition? A quelles conditions sont-ils transmis? etc.

Prenons aussi les meubles en eux-mêmes, abstraction faite des personnes qui peuvent les approprier et des actes juridiques qui effectuent cette appropriation. Il semble qu'il sera plus souvent question des lois étrangères : d'abord parce que, si on les soumet à la loi du lieu où ils se trouvent, leur situation est variable et peut être hors de France; ensuite parce que dans certains cas on les lie au statut d'une personne¹. On admet généralement en effet que, considérés indivi-

¹ On discute vivement pour savoir s'il faut alors se référer à la loi du domicile ou à la loi nationale de la personne. C'est cette dernière que nous préférons. En ce sens, conclusions de M. l'avocat général Aubépin (D. 72.2.65); Renault, *Journ. du droit intern. privé*, 1875, p. 342; Laurent, *op. cit.*, VI, 289; Rougelot de Lioncourt, *op. cit.*, 292.

duellement, ils sont régis par la loi du lieu où ils sont; la Cour de cassation s'est prononcée en ce sens par arrêt du 19 mars 1872 (D. 74.1.465); si, au contraire, ces meubles composent une universalité, constituent un patrimoine déterminé, cet ensemble emprunte à la personnalité dont il dépend une puissance de concentration caractéristique, domine les éléments divers dont il est formé, les marque de son empreinte et leur impose des règles spéciales; la jurisprudence applique alors l'adage « *mobilia personam sequuntur* » (Voir en matière de succession mobilière l'arrêt de la Cour de cassation du 27 avril 1868 (D. 68.1.302). — Quoi qu'il en soit, la loi applicable une fois établie d'une façon générale, d'après les principes, sans se préoccuper des dispositions particulières de la loi française ou de la loi rivale, la notion de l'ordre public ne semble pas devoir apporter ses restrictions. En quoi l'organisation sociale sera-t-elle en danger parce que tel meuble aura été gagé suivant la loi du pays étranger où il se trouvait alors? Le doute n'apparaît que pour les successions; les valeurs mobilières peuvent servir à établir un régime successoral différent du nôtre et à consacrer des libéralités contraires à nos règles sur la réserve légale; dirons-nous que l'ordre public s'y oppose? Nous croyons au contraire qu'il faut appliquer avec la plus grande latitude la loi étrangère : en premier lieu il ne peut être question, comme pour les successions immobilières, de bouleverser notre régime foncier et de reconstituer de grandes propriétés; en second lieu il s'agira le plus souvent de familles étrangères, surtout si l'on arrive à admettre que la loi souveraine est la loi nationale et non celle du domicile.

III.

§ 3. De l'application des lois étrangères en ce qui concerne les actes juridiques.

Il ne suffit pas d'étudier isolément et en eux-mêmes l'état des personnes et la condition des biens. Pour engendrer, modifier et éteindre des droits, il faut autre chose que l'inertie de ces éléments dont nous connaissons la structure et l'organisation ; il faut des actes, des événements, des faits. « C'est par eux que le droit se produit, dit Brocher (*op. cit.*, I, 50), et subit toutes les modifications dont il est susceptible. » Leur paisible fonctionnement est déterminé par les lois et assuré par les tribunaux, mais quelle loi ces tribunaux devront-ils appliquer ? Dans quelle mesure peut-il être question de lois étrangères ? C'est un des problèmes sur lesquels l'ancienne doctrine était particulièrement insuffisante ; certains points, notamment ceux qui se rattachent aux formes extérieures, avaient seuls reçu, sous la pression des nécessités pratiques, une solution précise ; les autres avaient été plus ou moins négligés. « On s'en est occupé moins fréquemment et moins directement soit parce qu'ils semblent faciles à résoudre, soit parce qu'ils étaient dans la dépendance de circonstances spéciales, soit parce qu'ils se présentaient sous des formes plus abstraites¹. » Les rédacteurs du Code, se trouvant en présence d'une doctrine peu développée et indécise², hésitèrent à mettre dans la loi un sys-

¹ Brocher, *Cours de droit intern. privé*, I, p. 51.

² Pothier n'appliquait la règle *locus regit actum* qu'aux formalités de l'acte (*Introduc. générale de coutumes*, ch. I, p. 3). D'autres

tème général et net; ils n'essayèrent de reproduire la règle *locus regit actum* que dans ses termes les plus réduits et les moins discutés; le projet élaboré par les commissaires du gouvernement portait au titre IV du livre préliminaire un article 6 ainsi conçu : « La forme des actes est réglée par les lois du lieu dans lequel ils sont faits ou passés. » — « La partie la plus abstraite et la plus délicate de la vieille maxime, celle qui se rapportait ou pouvait se rapporter aux conditions internes, à la substance et à la vraie portée des actes était ainsi retranchée ¹. » Malgré sa timide étendue, cette disposition n'a pas été adoptée; elle a disparu des textes après avoir été votée par le Conseil d'État et par le Tribunat ²; la règle générale ainsi écartée a été seulement remplacée par des dispositions spéciales dérivant du même principe (art. 47, 170, 299, Cod. civ.). De là de grandes hésitations dans la jurisprudence et de nombreuses divergences dans la doctrine. Nous ne discuterons pas toutes ces controverses, nous indiquerons seulement les solutions le plus généralement adoptées et nous verrons ensuite avec ces données quelle place reste à la notion de l'ordre public.

La loi applicable peut varier suivant les éléments de l'acte juridique que l'on envisage : nous distinguerons : 1° la capacité des personnes; 2° les formes de

auteurs lui donnaient une plus grande extension et la maintenaient pour les conditions internes, la substance de l'acte. Voyez Boulle-
nois, *Observat.*, 23 et 46.

¹ Brocher, *Droit intern. privé*, I, p. 123.

² Elle semble avoir été retranchée par le gouvernement immédiatement avant la présentation du projet au Corps législatif sans qu'il ait été donné des explications officielles à cet égard.

l'acte; 3° les conditions intrinsèques de validité, les effets et l'interprétation, en un mot la substance de l'acte; 4° l'extinction des effets de l'acte. Plaçons-nous successivement à ces divers points de vue. .

1° De la loi qui régit la capacité des personnes.

La première question qui se pose est celle de savoir si les auteurs de l'acte ont été capables de l'accomplir. Nous avons déjà annoncé que la capacité d'une personne, comme les rapports de famille, dérivait de son état, et dépendait par suite du statut personnel. Si nous sommes en présence d'un étranger, nous appliquerons donc la loi étrangère à cet égard. Nous avons vu quelles avaient été à l'origine les réserves de la jurisprudence, quel tempérament elle avait d'abord admis et ensuite abandonné, quelle dernière restriction elle acceptait encore; le moment est proche où la loi étrangère sera reçue sans aucune difficulté. En tous cas, rappelant ce que nous avons dit dans notre étude sur l'état des personnes, nous pouvons répéter qu'il ne saurait être ici question de l'ordre public. Est-ce prétendre que toutes les difficultés s'aplanissent, et que les controverses vont disparaître? Assurément non; il faudra toujours déterminer ce qu'embrasse la capacité, et le problème peut être délicat : c'est ainsi que nous rattacherons à cette matière les formalités habilitantes qui ont pour but et pour effet de suppléer à certaines incapacités, par exemple l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal pour la vente des biens d'un mineur; c'est ainsi encore que nous verrons une question de capacité dans les dispositions prohibitives

des contrats relatifs aux successions futures. En définitive, bien souvent, avant de nous demander si l'ordre public est intéressé, nous chercherons avant tout de quel élément de l'acte il s'agit, et, quoiqu'il ne soit pas toujours aisé de répondre, nous croyons que cette transformation du problème, si elle ne supprime pas toute difficulté, préparera des solutions plus sûres.

2° De la loi qui régit les formes de l'acte.

Nous appellerons formes d'un acte juridique l'ensemble des faits externes qui se rattachent à sa manifestation; et nous les diviserons en trois catégories :

1° Les formes requises pour suppléer au défaut ou à l'insuffisance de capacité; nous venons de dire qu'elles se rattachent à la capacité, et, par suite, au statut personnel.

2° Les formes requises pour la publicité des actes, dans l'intérêt des tiers; nous les réservons pour une étude particulière; nous avons annoncé, en effet, que sur ce point nous pensions qu'on devait, *à priori*, hésiter à appliquer les lois étrangères.

3° Les formes requises soit pour exprimer la volonté ou protéger la liberté des parties, soit pour conserver le souvenir de l'acte et en constituer la preuve. C'est de cette troisième catégorie que nous avons à nous occuper; et nous sommes autorisés à étudier en même temps les deux groupes qu'elle comprend. « Il est bien certainement vrai qu'on ne doit pas confondre les preuves et les formalités substantielles; mais, il n'est pas moins vrai, toutefois, que c'est généralement par les mêmes moyens que ces deux éléments du droit se

réalisent; il faut ajouter que les mêmes difficultés et les mêmes exigences pratiques se présentent pour l'un comme pour l'autre¹. »

C'est pour cette série d'hypothèses que la règle *locus regit actum* était acceptée sans difficulté dans notre ancien droit, et, bien que notre Code civil n'en fasse que des applications éparses, la jurisprudence s'attache, en cette matière, d'une façon générale, à la loi du lieu où l'acte a été passé². Sur ce point, notre cause est déjà complètement gagnée; si l'on se trouve en présence d'une loi étrangère, on ne soulève plus aucune objection au nom de l'ordre public.

Il n'y a d'abord aucun doute lorsqu'il s'agit d'un acte instrumentaire public passé à l'étranger; il était nécessaire de recourir aux autorités locales et de se soumettre aux conditions de forme que leur imposait leur loi; l'adage *locus regit actum* a toujours été admis dans ce cas; c'est à cette occasion qu'il a pris naissance, et c'est à cette hypothèse que les textes du Code civil qui l'impliquent, font allusion (art. 47, 170, 999).

La même nécessité de se conformer à la loi locale n'existe plus pour un acte sous seing privé; on décide cependant que la règle *locus regit actum* doit encore être appliquée; on estime que les formes qui protègent contre la fraude et la pression varient avec la situation morale du pays, avec le caractère de ses habitants et

¹ Brocher, *op. cit.*, I, p. 138.

² Nous n'avons pas à rechercher si la règle *locus regit actum* est obligatoire ou facultative. Nous supposons qu'en fait, cet adage appelle, dans des circonstances déterminées, l'application d'une loi étrangère et nous nous demandons s'il peut être question d'ordre public.

que, par suite, ces mesures de précautions et de défiance doivent être laissées à l'appréciation de la loi territoriale ; on ajoute que, s'il en était autrement, les relations commerciales rencontreraient dans notre espèce, sinon une impossibilité absolue comme dans l'hypothèse précédente, du moins des difficultés considérables que l'intérêt général des États conseille d'écarter. La loi française peut bien exiger certaines formalités, par exemple, les doubles originaux et les mentions de l'article 1325 ; nous dirons que, si l'acte a été passé à l'étranger, l'ordre public n'est pas intéressé à l'application de ces formalités (Cass., 18 août 1856, D. 57.1.39).

On peut hésiter lorsqu'on est en présence d'un acte que la loi française déclare solennel et que la loi étrangère accepte sous seing privé ; lorsque, par exemple, un Français fait une donation par acte sous seing privé dans un pays où la loi locale n'exige l'intervention d'aucun notaire. Beaucoup d'auteurs décident que dans ce cas la loi française doit reprendre son empire, et qu'au moins le principe des solennités qu'elle pose doit toujours recevoir son application (Voir Laurent, t. I, p. 155 ; Duguit, *op. cit.*, p. 112 ; Demangeat, *De la condition des étrangers en France*, p. 540 ; Bertauld, *Questions doctrinales*, t. I, n° 154). Quelque forts arguments que puisse invoquer cette opinion nous ne croyons pas devoir l'adopter¹ : l'adage *locus regit actum* s'impose

¹ En droit français, il y a deux actes pour lesquels la loi s'est prononcée : l'article 2128 décide que l'hypothèque ne peut être établie par un acte passé à l'étranger ; c'est une exception à la règle ; l'article 170 décide que le mariage contracté sous forme quelconque à l'étranger est valable ; c'est une application de notre principe. Pour ces deux cas, il n'y a aucun doute ; ils sont en dehors des controverses.

avec une égale nécessité; exiger une solennité serait peut-être rendre l'acte impossible; et nous constatons que non seulement la doctrine la plus répandue écarte ici de vaines considérations d'ordre public (Merlin, *Répert.*, *Donation*, X.; Demolombe, I, p. 121; Aubry et Rau, I, p. 51; Fiore, *op. cit.*, p. 482; Brocher, *op. cit.*, p. 139), mais qu'encore la jurisprudence est acquise en ce sens. Arrêt de la cour de Paris du 22 novembre 1828 (S. 29.2.77).

Supposons enfin, dans un ordre d'idées voisin, qu'il s'agisse de déterminer quelle preuve sera admissible. Faudra-t-il encore appliquer la loi étrangère¹? « La grande influence² que les preuves exercent sur la bonne administration de la justice conduit à rechercher si tout ce qui les concerne ne se trouve pas, par cela même, plus ou moins empreint d'ordre public. » Nous avons cité un arrêt de la Cour de cassation du 22 juillet 1880 repoussant cette idée d'ordre public en matière de prohibition de la preuve testimoniale. N'en serait-il pas de même pour tout autre moyen de preuves?

La loi étrangère peut donc être appliquée sans entrave dans les nombreux procès que soulèvent les questions de formes; on n'invoquera plus l'ordre public, et cette notion, déjà battue en brèche et affaiblie dans les hypothèses précédentes, apparaît ici absolument impuissante. Peu importe le motif qui l'éloigne, la nécessité qui l'écarte. Remarquons seulement qu'il peut s'agir

¹ S'il s'agissait de la *manière* dont la preuve sera appliquée, il faudrait sans hésitation appliquer la *lex fori*; ce serait une question de procédure rentrant par suite dans le droit public.

² Brocher, *op. cit.*, t. I, p. 125.

d'actes importants, d'un mariage dont le législateur français a réglé avec soin le simple et imposant cérémonial, d'une donation dont le Code a essayé d'éviter les nombreux dangers avec une prévoyante sollicitude; ne pourrait-on pas encore agiter les vagues considérations d'effet moral, de droits de la société, qu'on invoque si souvent et qu'on nous opposait à propos de l'état des personnes. La jurisprudence et la doctrine les négligent ici à cause des circonstances particulières de fait. Est-il téméraire de penser qu'elles feront de même dans les rares hypothèses où nous les avons devancées et où se présentent des circonstances de fait équivalentes?

3° De la loi qui régit la substance de l'acte.

La substance d'un acte juridique, par opposition à la capacité, à la forme et à l'extinction des effets, comprend les conditions de validité intrinsèques et l'étendue des effets. Quelle loi applique-t-on pour déterminer si tel acte est valable¹, s'il produit tel effet²? Il faut tout d'abord faire une première distinction.

S'agit-il d'actes qui ont pour objet l'état même des personnes, les rapports de famille ou la capacité, par exemple, le mariage, l'adoption, la mise en tutelle, etc.? c'est la loi personnelle qui l'emporte; et les développements que nous avons déjà donnés montrent que le cas échéant, la loi étrangère ne s'incline plus devant aucune considération d'ordre public.

¹ Par exemple, si le consentement est valablement donné (en droit français, art. 1109 et s.).

² Par exemple, pour savoir dans une vente quelles sont les obligations du vendeur pour la garantie.

S'agit-il d'actes relatifs au patrimoine? on ne peut répondre d'une façon aussi précise. Diverses opinions sont en présence; nous devons les indiquer, car il importe de déterminer à leur égard l'influence de l'ordre public. Nous diviserons ces derniers actes en deux groupes :

Les uns produisent leurs effets indépendamment de la volonté des parties, ce sont les quasi-contrats, les délits, les quasi-délits. L'opinion générale est qu'ils sont régis par la loi du lieu où ils s'accomplissent; on conçoit difficilement qu'une autre loi puisse être préférée¹. C'est ainsi que la Cour de cassation a condamné l'auteur d'un délit commis à l'étranger à payer à sa victime les intérêts de la somme, dont il est tenu à titre de dommages et intérêts, à un taux supérieur au taux de la loi française, mais conformément à la loi étrangère qui était moins restrictive. (9 juin 1880, *Journ. du droit intern. privé*, 1880, p. 394.)

Les autres actes relatifs au patrimoine, et ce sont les plus importants, sont les conventions (contrats de toute sorte), et les actes unilatéraux qui participent des conventions, c'est-à-dire émanent de la volonté des parties (testament, acceptation d'une succession, etc.). A quelle loi sont-ils soumis au point de vue qui nous occupe? Pour parler plus brièvement, quelle est la loi de ces actes?

¹ Cependant en ce qui concerne les quasi-contrats, certains auteurs estiment qu'il est bon de suivre les mêmes règles que pour les contrats, ainsi Laurent, t. VIII, p. 9, *op. cit.*; Fœlix, *op. cit.*, II, 259. Nous n'insistons pas sur ce point, puisque nous acceptons l'opinion qui donne comme loi du contrat celle du lieu où il a été conclu.

L'article 1134 du Code civil pose en principe que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites; le législateur laisse aux parties la plus large liberté; beaucoup de prescriptions qu'il édicte sont destinées à suppléer à leur silence; elles sont simplement interprétatives. Faut-il en conclure que la volonté est souveraine, autonome; qu'elle peut à son choix se placer sous l'empire de telle ou telle loi étrangère? Assurément non; le législateur, en écrivant l'article 1134 n'a nullement entendu abdiquer, ni considérer la volonté individuelle comme son égale ou sa supérieure; il l'a investie d'une certaine autorité, mais en même temps, il a maintenu avec une grande fermeté la puissance plus forte de la loi, et a tracé certaines limites au nom de cet ordre public que nous avons qualifié de national. En respectant ces barrières, les parties pourront évidemment se référer à une disposition étrangère; mais alors ce ne sera pas en réalité appliquer une loi étrangère, ce sera purement et simplement profiter, d'une certaine façon, de la faculté laissée par notre Code; ce sera toujours se conformer à la loi française. Est-ce à dire qu'il ne sera jamais question de soumettre l'acte à une loi étrangère? Cette conclusion serait exagérée; nous voulons seulement faire remarquer que le choix de cette loi ne saurait appartenir aux individus, mais que sa détermination doit résulter de certaines circonstances de fait qui recommandent telle ou telle solution. Nous écartons ainsi, malgré de puissantes recommandations, la doctrine qui s'incline soit devant la volonté exprimée des parties, soit devant leur volonté présumée. Sans entrer dans une longue discussion, nous acceptons le système qui donne comme loi de l'acte

celle du lieu où il est passé; il semble que l'ancien droit ait reconnu à la règle *locus regit actum* une telle extension¹. La Cour de cassation donne également une grande importance à la loi du lieu où le contrat intervient (Voir spécialement l'arrêt du 23 novembre 1864, S. 64.1.365, et celui du 4 juin 1878, S. 78.1.428); la plupart des auteurs acceptent cette solution : Brocher, notamment, la défend avec une grande énergie². Supposons donc les controverses éteintes, et cherchons quelle étendue d'application aura en cette matière la loi étrangère.

Il y a une restriction que nous devons rappeler, c'est celle de notre droit public, nous ne saurions reconnaître les actes ou conventions qui s'autoriseraient, pour le violer, d'une loi étrangère. C'est ainsi que nous annulerions les contrats conclus soit en violation d'un monopole établi en France, soit en vue de faire le commerce avec l'ennemi, soit pour le transport de la contrebande de guerre. C'est ainsi que nous annulerions les contrats stipulant l'exercice des droits de l'esclavage dans les pays qui refusent d'en reconnaître la légitimité, ainsi que ceux tendant à encourager ou à

¹ Voir Boullenois, *Traité de personnalité*, observ. 36 et 40.

² « S'arrêter à la loi du lieu où le procès se démène, fait dépendre la solution du litige de nombreuses chances aléatoires, quelquefois d'influences provoquées par des manœuvres entachées de dol ou de fraude. La loi du lieu où l'acte fait ressortir ses effets juridiques n'est pas toujours connue d'avance et prête aussi beaucoup aux chances aléatoires. Ajoutons que les faits juridiques, surgissant d'une manière plus ou moins instantanée sur un territoire déterminé, paraissent assez naturellement devoir s'y produire sous la direction, le contrôle et la protection de la *loi locale*, généralement appelée à pourvoir à ces éventualités diverses. » Brocher, *Droit intern. privé*, II, p. 78.

récompenser la perpétration des crimes ou à corrompre la justice¹, s'il se trouvait jamais un législateur pour permettre pareils faits.

Hors ces cas, la loi étrangère s'appliquera-t-elle sans entrave? Faudra-t-il encore la réduire au nom de l'ordre public?

On nous accorde déjà, et on nous accorde depuis longtemps que la loi de 1807 qui limite le taux de l'intérêt ne s'applique pas lorsque le contrat est régi en principe par une loi étrangère. « En cette matière, « dit un arrêt de la cour de Bastia du 19 mars 1866 (S. « 66.2.255), la loi ne peut avoir que le caractère d'un « règlement spécial, dont les dispositions varient selon « les lieux et les circonstances, et ne s'élèvent jamais « à la hauteur de ces principes de morale absolue, « devant lesquels toutes les nations civilisées s'inclinent « avec respect. » Cela est certain, mais n'est-il pas vrai que si toutes les nations s'inclinaient avec respect devant cette disposition, la question ne se poserait plus, le conflit n'existerait pas, on n'hésiterait nullement à appliquer une loi étrangère en harmonie avec la nôtre? On dit que la limitation du taux de l'intérêt est condamnée par tous les économistes, qu'elle a disparu de presque toutes les législations européennes. Il n'en est pas moins exact que tant que le législateur l'édicte, il la juge utile; et Savigny (*op. cit.*, VIII, p. 273) et Demangeat, sur Fœlix (I, p. 252), soutiennent que le juge ne peut appliquer que la loi de son pays. La vérité, c'est que la loi française estime qu'à cause de l'état

¹ Ces exemples sont empruntés à l'ouvrage de M. Calvo, *Le droit intern.*, t. II, p. 174.

de notre crédit, de nos capitaux, de nos mœurs, cette limitation est bonne pour les marchés soumis à son empire; mais si les parties traitent dans un pays différent, si de cette circonstance il résulte qu'une loi étrangère, celle du lieu où l'obligation prend naissance, est la loi naturelle du contrat, en quoi notre organisation sociale sera-t-elle troublée par une autre réglementation?

Cette concession faite, ne faut-il pas donner la même solution en ce qui concerne les dettes de jeu? « C'est en vertu d'une haute considération de morale, écrit M. Bosson (thèse de doctorat, *Du conflit des lois en ce qui concerne les obligations conventionnelles*, 1884), que les rédacteurs du Code civil ont, dans l'article 1965, refusé toute action pour les dettes de jeu. C'est en effet une grande cause d'immoralité que le jeu. La disposition de l'article 1965 est donc une loi réelle, une loi d'ordre social. Il importe à l'existence de la société que les citoyens cherchent la richesse dans le travail et non dans le jeu. » Rien n'est plus vague; combien n'y a-t-il pas de lois qui sont inspirées par de hautes considérations de morale? et quelle est même celle qui ne peut revendiquer pareil apanage. Qu'on nous dise, au contraire, comment il se fait que la société se trouve, dans certains cas, indifférente à la stipulation d'intérêts usuraires, et qu'elle s'effarouche, en même temps, du paiement d'une dette de jeu, lorsque le fait se passe dans un pays dont la loi reconnaît pareille obligation. Disons donc que l'article 1965 n'est pas plus d'ordre public universel que la loi de 1807. — Par suite, nous nous reconnaitrons comme valable la société formée à l'étranger pour l'exploitation d'une maison de jeu ne

fonctionnant pas en France; dans ce cas, sans aucun doute, il faut appliquer en principe la loi étrangère. L'ordre public s'y oppose-t-il? nous ne le pensons pas : le 22 février 1849 (D. 49.2.103), la cour de Paris décidait que la morale pouvait accepter la loi étrangère; un mois plus tard, le 31 mars 1849 (D. 49.2.114), elle devenait plus sévère et rendait un arrêt en sens inverse. Voilà un exemple frappant des contradictions où l'on tombe, quand on entre dans le domaine incertain des conditions morales à propos de l'application des lois étrangères.

Les restrictions qu'édictent les articles 1388 et suiv. aux principes de la liberté des conventions matrimoniales sont-elles d'ordre public universel? S'imposent-elles lorsque les époux peuvent légitimement compter sur l'application de la loi étrangère. Il faut, au préalable, se demander de quelle nature est la disposition dont il s'agit. Est-ce l'article 1388 qui défend au mari de renoncer à sa puissance maritale sur la personne de la femme, à ses droits de chef de la communauté? C'est alors un des éléments du statut personnel, de la capacité; les Français ne peuvent s'y soustraire en allant faire leur contrat de mariage à l'étranger, et ce n'est plus une règle qui s'impose même aux étrangers lorsqu'ils viennent en France¹. S'agit-il de l'article 1390, qui défend aux époux de stipuler d'une manière générale que leur association sera réglée par l'une de nos anciennes coutumes? Cette disposition n'est manifestement applicable que si l'on est en présence de la loi française. Comment parler de fermer le livre de nos

¹ Thèse de M. Bossion, en ce sens.

anciennes coutumes lorsqu'on est sous l'empire de la loi étrangère ?

La vente d'une succession non ouverte, défendue par l'article 1600, sera-t-elle annulée lorsque la loi étrangère qui régit le contrat permettra de la maintenir. M. Bertauld (*Question de droit civil*, t. I, p. 36) la range parmi les pactes sur succession future que nos tribunaux doivent toujours annuler parce que leur cause est immorale. Pour montrer encore la fragilité de pareilles considérations et la tendance moderne, citons seulement ce passage de la thèse de M. Bossion (*Conflit des lois en ce qui concerne la substance des obligations conventionnelles*, p. 307) : « Nous ne croyons pas que l'opinion de M. Bertauld soit exacte ; la vente d'une succession non ouverte n'est pas une convention immorale par elle-même ; lorsqu'un individu vend, pour une somme déterminée, ses droits dans une succession future, il veut s'assurer un bénéfice certain ; il préfère posséder une somme fixe à la place de ses droits héréditaires, dont l'étendue peut varier d'après la composition du patrimoine du *de cujus* et le nombre de ses héritiers au jour de son décès. En un mot, la vente d'une succession future constitue purement et simplement un contrat aléatoire ; or, ces contrats sont validés par le Code civil, art. 1196 et 1966. » — Rapprochons de l'article 1600 l'article 791 qui indique les renoncations à succession future ; cet article se rattache à la loi des successions, à la condition des biens. Remarquons que, dès lors, selon la jurisprudence française, il ne peut être sérieusement question de lois étrangères lorsque la succession est immobilière, et qu'il faut, pour les appliquer, supposer une succession mobilière

et des étrangers comme héritiers. Est-il alors dangereux d'accepter la loi étrangère? Cette renonciation, direz-vous, qui aurait pour but d'augmenter la part de l'un des enfants, est contraire aux principes de notre Code. Répondons qu'il s'agit d'étrangers et qu'il s'agit de meubles; que nous importe une répartition plus ou moins défectueuse? Respectons leur législation, notre organisation sociale n'en est pas atteinte.

Déterminons donc nettement quel est le rapport de droit en présence; cherchons s'il s'agit d'une question de capacité, de la condition des biens¹, de la forme ou de la substance d'un acte; appliquons ensuite la loi que recommandent la tradition, la loi ou les principes; si nous rencontrons une loi étrangère, la notion de l'ordre public ne viendra pas s'y opposer.

4° De la loi qui régit l'extinction des effets de l'acte.

A côté des effets qui naissent directement de l'acte primordial et dépendent naturellement de la loi, il en est d'autres qui dérivent d'une cause postérieure, qui sont, en apparence, étrangers à l'acte qu'ils modifient ou mettent à néant, et qui, par suite, semblent devoir être soumis à une compétence leur appartenant en propre. « Ces faits postérieurs sont en relation plus ou moins directe et plus ou moins étroite avec l'acte dans lequel ils peuvent même avoir été prévus et réglementés. » (Brocher, II, p. 111.) Quelle loi doit les régir? Sera-t-il ensuite question de l'ordre public? Indiquons

¹ S'il s'agit, par exemple, d'un acte constitutif d'hypothèque, il faudra évidemment pour savoir si un bien est susceptible d'hypothèque considérer la loi de la situation de ce bien.

seulement trois de ces faits les plus importants et les plus caractéristiques : le paiement, la prescription, la faillite.

Le paiement ne libère le débiteur qu'autant qu'il satisfait à l'obligation (art. 1135, Cod. civ.); « les effets du paiement ne peuvent donc s'apprécier qu'en remontant aux bases primordiales de l'obligation, seules capables de faire connaître quels en sont véritablement le sens et la portée¹. » Nous appliquerons donc la loi de l'acte, par exemple, les articles 1235, 1243, 1244 et suivants, s'il s'agit d'un acte passé en France; si l'acte était passé à l'étranger, nous nous inclinerions aussi bien devant la loi étrangère réglant les mêmes points. Tel est le principe, et il ne sera jamais question d'ordre public pour apporter quelque modification. Est-ce à dire que la règle, quelque incontestable qu'elle soit, ne présente aucune complication en pratique? Il faudra toujours apprécier la nature même du litige : ainsi, pour savoir si le créancier est capable de recevoir et le débiteur de payer, on se reportera toujours au statut personnel; de même, l'article 1240, relatif aux créances loyalement payées à celui qui paraît en être le titulaire, se rattache au régime des biens et doit s'appliquer aux paiements faits sur le territoire.

Toute prescription libérative s'exerçant sur des immeubles se trouve régie par la loi du lieu de la situation, soit que cette libération s'opère par le simple non usage du droit (art. 706, 707, 708, Cod. civ.), soit qu'elle résulte de la formation d'un droit rival de celui qui s'éteint; un tribunal français n'aura donc guère à

¹ Brocher, *Droit inter. privé*, II, 112.

s'occuper ici des lois étrangères. Il n'en est pas ainsi pour la prescription extinctive des droits personnels, et nous savons que de nombreux systèmes sont en présence pour savoir quelle loi appliquer¹. Les uns, comme Bartole et Troplong, s'attachent au lieu de l'exécution du droit de litigieux ; d'autres, comme Pothier, au domicile du créancier ; quelques-uns, au domicile du débiteur ; beaucoup, au lieu où l'action est intentée ; ces deux dernières opinions arrivent à se confondre et la Cour de cassation s'est prononcée en leur sens le 3 janvier 1869 (D. 69.135). Enfin, un système nouveau considère la prescription comme une modalité de la créance et applique la loi de l'acte ; ce serait d'après la doctrine que nous avons signalée plus haut, la loi du lieu où l'acte a été passé ; cette solution invoquerait alors l'autorité de Laurent (VIII, 334), et un jugement du tribunal de la Seine du 2 juin 1881 (*Journ. du droit intern. privé*, 1881, p. 231)². Dans ces conditions, si l'engagement était intervenu à l'étranger, la loi étrangère serait appliquée, et la prescription, qui est une matière d'ordre public national, ne ferait plus partie de l'ordre public universel.

Parmi les faits qui éteignent ou au moins modifient les actes juridiques, signalons encore la faillite. Elle exerce une influence plus ou moins pressante sur des droits et des obligations provenant d'origines fort diverses, et elle est elle-même soumise à une compétence spéciale. Sans essayer de discuter les difficiles pro-

¹ Voir sur cette polémique, Demangeat, sur Fœlix, I, 241. Note de Labbé dans Sirey, 1869.1.50. *Revue critique*, 1884, p. 113.

² C'est cette opinion que nous croirions devoir soutenir, particulièrement en présence des tendances qu'indique cette thèse.

blèmes internationaux qui se présentent en cette matière, remarquons que la tendance est encore d'écarter de moins en moins les lois étrangères au nom des considérations de l'ordre public. On décide généralement que c'est la loi du domicile du débiteur qui est compétente, et que la loi française s'applique, qu'il s'agisse d'un Français ou d'un étranger domicilié en France. (Cass., D. 58.1.85). Mais ce qui est intéressant, c'est d'examiner la doctrine et la jurisprudence française en matière de faillites prononcées en pays étranger et pouvant produire leurs effets sur notre territoire; s'il y a eu, à l'origine, des doutes et des hésitations, la tendance semble maintenant s'affermir, et nous sommes heureux de citer ce passage de Brocher (*Droit intern. privé*¹, III, p. 215) : « Il nous semble que la jurisprudence française se prononce généralement dans ce sens, que la faillite déclarée en pays étranger peut ressortir ses effets en France, sans y avoir été déclarée exécutoire; c'est là d'ailleurs ce qui paraît découler des principes consacrés pour le droit interne et de l'accueil que ces principes doivent trouver hors du territoire pour qu'il soit satisfait à leurs exigences; c'est bien là ce qu'il résulte de l'idéal que le législateur s'est efforcé d'atteindre. »

En résumé, dans les diverses hypothèses que nous avons examinées et qui se rattachent aux principales parties du droit international privé, nous avons reconnu

¹ Il arrive à cette conclusion après avoir consulté les documents cités en note d'un arrêt de cassation du 17 juillet 1882. D. 1883.1.65.

que lorsque la loi étrangère devait être, en principe, appliquée, la tendance générale était de l'admettre sans entrave; que cette doctrine pouvait se justifier, et que, par suite, la notion de l'ordre public universel se restreignait et devait se restreindre de plus en plus. Lorsqu'un procès, soulevant un problème de ce genre, s'élèvera devant nos tribunaux, ceux-ci, s'ils s'estiment compétents, devront, répétons-le, examiner quel est exactement la nature du rapport de droit en litige; s'agit-il d'une question de capacité? la condition des biens est-elle intéressée? est-ce la forme d'un acte qui soulève des difficultés? faut-il parler de prescription? Ce premier point décidé, le problème mis en lumière, ils chercheront, en s'appuyant sur les textes positifs, les traités, la tradition ou la doctrine, quelle est la loi qui doit fournir la solution. Cette loi est-elle étrangère? nous avons vu avec quelle déférence ils peuvent l'accepter.

Mais, dira-t-on, qu'importe une pareille constatation; les découvertes que vous croyez faire ne sont qu'apparentes, et la conclusion que vous voudrez en tirer ne sera qu'une illusion. Vous prétendez, en somme, qu'il faut déterminer, par l'étude de l'espèce et l'examen de la loi, les hypothèses où la loi étrangère est applicable; cette tâche finie, il ne peut guère, selon vous, être parlé d'ordre public. N'est-ce pas résoudre la question par la question? Chercher les cas où la loi étrangère est applicable, c'est chercher les cas où l'ordre public n'est pas intéressé. Écoutez M. Laurent : il n'y a, d'après lui, dans le droit international privé, que deux éléments principaux à prendre en considération, l'intérêt privé, généralement régi par le droit de la patrie, revêtu de la force expansive de l'ancien statut person-

nel, et l'intérêt politique ou social participant à la rigoureuse territorialité de l'ancien statut réel. Le droit international privé, c'est la lutte entre l'ordre privé et l'ordre public; vous supposez l'ordre privé vainqueur; que croyez-vous ajouter en disant que l'ordre public est vaincu?

Nous ne croyons pas qu'il faille se servir de cette méthode dans les polémiques du droit international privé. L'idée de l'ordre public ne peut pas être prise comme base unique d'un système; elle ne peut former un statut existant par lui-même, se rencontrant dans certaines matières pour les déclarer territoriales, inconnu dans d'autres et les laissant par suite personnelles; c'est une notion qui peut s'étendre à toutes les parties du droit et qui nous semble une modalité résultant de circonstances spéciales, de considérations particulières, de mobiles déterminés. Elle existe dans les faits plus que dans les choses; elle apparaît moins à cause des questions traitées que de la manière dont les questions sont résolues. Lorsqu'elle prononce une exclusion ce n'est pas à cause de la nature même de la disposition, c'est à cause de la valeur morale ou sociale de la solution qu'elle consacre. C'est pour cela que nous repoussons un tel système. Nous pensons que la compétence en droit international privé repose sur la matière même du droit dont il s'agit; c'est l'indication que donnent les paragraphes 2 et 3 de l'article 3 du Code civil; c'est le seul moyen d'aboutir à des décisions équitables et précises. S'attacher uniquement aux éléments du problème, se livrer à une analyse délicate sans doute dans ses complications mais impartiale dans ses abstractions, se déterminer par des circonstances de

fait sensibles et faciles à constater, n'est-ce pas faire œuvre scientifique; n'est-ce pas construire une théorie qui peut être acceptée dans tous les pays? Lorsqu'au contraire, on se préoccupe avant tout des dispositions mêmes du Code national dans l'espèce donnée, lorsqu'on se demande dès le début si telle loi s'impose avec une rigueur absolue ou relative, il faut apprécier l'état même du pays, les exigences de la société, les mœurs et le caractère de la population, bien plus la valeur même de la solution, son fondement, ses motifs; qu'y a-t-il de plus incertain qu'une pareille recherche? nécessairement elle sera variable suivant les législations. Lors donc que nous cherchons à déterminer les cas d'application des lois étrangères, bien loin de faire intervenir les changeantes et fragiles idées de l'ordre public, nous les négligeons ou plutôt ne les étudions que d'une façon théorique, désintéressée, universelle. Est-ce à dire que nous ne tenons aucun compte de ces droits de la société, de cet état moral, de cette organisation sociale qui n'ont pas été notre préoccupation première. Loin de nous la pensée de soutenir encore qu'elles ne doivent exercer aucune influence. Nous avons vu dans combien de cas il avait été possible d'écarter leur retour offensif lors de l'application des lois étrangères. Quand donc vont-elles se manifester?

CHAPITRE III.

DÉTERMINATION PRÉCISE DES LIMITATIONS ADMISE EN PRINCIPE. CONCLUSION.



Nous avons dit, qu'*à priori*, nous ne découvriions à notre principe de la libre application des lois étrangères dans les matières où elle est ordonnée que deux limitations, savoir : les prescriptions du droit public et les mesures prises dans l'intérêt des tiers. Le rapide examen que nous venons de faire des principales questions sollicitant cette application ne nous a pas imposé d'autres restrictions; la jurisprudence et la doctrine semblent même devoir avant peu aboutir à ce libéral résultat. Il importe maintenant de définir et de préciser les deux limitations qui paraissent rationnelles, afin qu'on ne puisse pas, en leur nom et sous leur patronage, rétablir des solutions que nous avons écartées, compromettre la conclusion que nous avons préparée.

1° Qu'est-ce que *le droit public*? Les Institutes de Justinien (§ 4, *De justitia et jure*, I, 4), disent : « *Publicum jus est quod ad statum rei romanæ spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet.* » Le droit public concerne l'État, pouvons-nous répéter¹; il s'im-

¹ C'est la définition de Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, p. 1.

pose aux étrangers; mais cette formule est des plus vagues et des plus incertaines, et pour trouver quelque précision il faut indiquer les matières que comprend le droit public et les caractères qui le distinguent.

Le droit public comprend : 1° le droit constitutionnel, qui consacre les libertés sociales et organise les pouvoirs publics; nous avons vu à plusieurs reprises au cours de cette thèse à quel titre il doit être respecté par les étrangers (égalité des races, sécularisation de l'État, règles sur la liberté individuelle, etc.); 2° le droit administratif, qui détermine l'application pratique des principes posés par le droit constitutionnel; 3° le droit criminel, qui assure le bon ordre et la police; c'est en alléguant les répressions pénales qu'il établit que nous avons décidé qu'un officier de l'État civil ne pourrait marier en France des personnes engagées dans les liens d'une précédente union; 4° l'organisation judiciaire et les règles sur la compétence ¹; nous ne pourrions pas, par suite, accepter une loi étrangère qui soumettrait aux tribunaux de commerce un acte que nous laisserions à la juridiction civile.

Telles sont les matières du droit public; mais il n'est pas toujours aisé de les distinguer de celles du droit privé, dont il est question dans cette thèse; il serait puéril de déclarer que tel droit se trouve résumé dans tel Code, que le droit privé se trouve notamment dans le Code civil et le Code de commerce; sans parler des lois particulières qu'on ne saurait où rattacher, des dispositions de droit public peuvent se trouver éparses

¹ M. Jalabert, professeur de droit constitutionnel à la Faculté de Paris, indique cette dernière partie comme une branche du droit public.

dans un Code quelconque. Y a-t-il un critérium plus exact? Il nous semble que l'on peut dire que les droits privés s'exercent entre particuliers, à l'encontre des particuliers; le contradicteur naturel est un particulier, parce que seul un particulier peut être lésé par cet exercice. Le droit public au contraire donne l'État comme adversaire aux individus; ceux-ci peuvent l'invoquer sans gêner autrui; ils ne rencontrent que les prétentions rivales de l'État.

Assurément l'indication de ces caractères ne supprime pas toute difficulté; il y aura toujours des situations délicates à caractériser. En tous cas, il est une chose certaine, c'est que bien des dispositions qui sont dites aujourd'hui par la jurisprudence d'ordre public, ne sauraient être rattachées au droit public; ne serait-ce pas faire violence au langage ordinaire et aux usages français que de décider que l'interdiction de la recherche de la paternité est de droit public? Et s'il était vrai que la notion de l'ordre public pourrait être remplacée par celle du droit public, qui nierait qu'il en résulterait de grandes différences et même un critérium plus sûr dans les solutions?

2° Mais il faut tenir compte encore de la seconde limitation que nous avons reconnue comme admissible en principe, *les mesures prises dans l'intérêt des tiers*. Nous faisons allusion aux divers systèmes de publicité établis pour apporter la sécurité dans les transactions : transcription des mutations de propriété à titre gratuit ou onéreux, transcription des actes constitutifs de servitudes, hypothèques ou autres droits réels, signification des cessions de créance, publicité du contrat de mariage, etc. Le législateur a pris ces diverses mesures

dans l'intérêt de ses nationaux ; il ne veut pas que ces personnes, qui sont l'objet de sa sollicitude, souffrent de maux sinon impossibles du moins difficiles à éviter ; ces lois semblent donc devoir s'imposer quelle que soit la nationalité des parties contractantes, quel que soit le lieu où l'acte juridique ait passé ; il ne faut pas que les tiers voient leurs intérêts sacrifiés à cause de la loi étrangère. Est-ce à dire que nous revenons à l'ancienne théorie de la jurisprudence française qui écartait l'application de la loi étrangère dès qu'un intérêt français allait en souffrir ! Non, assurément, il y a entre les deux doctrines une différence sensible : pour écarter la législation étrangère, la jurisprudence considérait le résultat de l'acte intervenu, et elle ne prononçait sa nullité que si le Français avait été lésé. Nous ne proposons nullement de faire dépendre la solution du procès, la validité de l'acte, de ses conséquences fâcheuses ou utiles pour l'une des parties ; nous négligeons ces effets ; nous nous attachons uniquement à la nature de la mesure que la loi étrangère a méconnue et nous exigeons le retour de la loi française, quel que soit le bénéficiaire ou la victime de l'acte. Telle est la restriction que la justice semble indiquer ; examinons quelle est son étendue.

Tout d'abord, si l'on songe aux mesures de publicité exigées pour les actes constitutifs de droits réels, il n'est pas besoin de parler d'écarter la loi étrangère, par cette raison qu'il n'a jamais été question de l'appliquer ; on n'écarte que l'obstacle qui existe. Or, les immeubles sont toujours régis par la loi française ; la manière dont on acquiert la propriété ou ses démembrements échappe à la loi étrangère ; on n'a qu'à rappeler l'article 3 du Cod. civ. ; il n'est pas besoin de parler de l'ordre public.

Restent les droits personnels. L'article 1690 déclare que la cession des créances n'est valable au regard des tiers, c'est-à-dire du débiteur cédé, des créanciers du cédant et des cessionnaires ultérieurs, que lorsqu'elle a été acceptée en la forme authentique par le débiteur qui change de créancier, ou tout au moins lorsqu'elle lui a été dûment notifiée. On peut soutenir que cet article 1690 est d'ordre public universel, et qu'une loi étrangère, régissant le contrat, ne saurait empêcher de l'invoquer devant un tribunal français. Mais il est aussi permis de dire que le cédant ne peut céder que sous la condition de remplir cette formalité; que c'est lui, en effet, qui sera atteint par son inexécution, puisqu'il devra garantie au cessionnaire; que dès lors c'est une question de capacité, comme l'homologation du tribunal dans la vente des biens du mineur. S'il en est ainsi, sans doute, les Français se trouvant à l'étranger y seront soumis; mais un étranger faisant la cession en France échappera à l'article 1690. Rien n'est plus juste que cette solution; supposons que, dans ce dernier cas, celui qui traite avec l'étranger en France, le cessionnaire, soit lui-même un étranger; n'aurait-il pas pu légitimement penser recevoir une cession valable sans accomplir les formalités de l'article 1690, surtout si leur loi commune en exige d'autres ou même n'en exige aucune. Il faut songer à l'intérêt de ce premier cessionnaire, et il nous semble qu'on l'oublie dans la théorie qu'impose cet article 1690 « en quelque lieu que la cession ait été opérée, quelles que soient les nationalités respectives du cédant, du cessionnaire, du débiteur cédé, et alors même que leur loi personnelle comme les législations anciennes ne contiendrait aucune

prescription analogue » (Weiss, *Droit intern.*, p. 809). Quant aux tiers, ils ont tous successivement traité avec l'étranger cédant, ou tout au moins ils ont été avertis de la nationalité du détenteur de la créance; ils doivent éprouver une méfiance ou tout au moins prendre leurs précautions.

Leur situation a, du reste, été nettement précisée dans un article de M. Beauchet, agrégé à la Faculté de droit de Nancy (*Journ. du droit intern. privé*, 1884, p. 39), qui voit également une question de capacité dans les articles 1394 et 1395, qui semblent, à première vue, dans l'intérêt exclusif des tiers. Il décide d'abord, conformément à Demangeat (Demangeat, sur Fœlix, I, p. 85) et à Fiore (*Droit intern. privé*, p. 328), que les Français y sont toujours soumis où qu'ils soient, et il ajoute que deux étrangers faisant un contrat de mariage et se mariant en France peuvent éviter ces formalités. Il fait à ce sujet les judicieuses réflexions qui suivent. « La situation des tiers français, lorsqu'ils traitent avec des étrangers, est loin d'être aussi favorable que lorsqu'ils contractent avec leurs compatriotes. Dans ce dernier cas, il leur est facile, en général, d'être renseignés sur la capacité de leur contractant, sur l'effet de la convention qu'ils passent en ce qui concerne les biens qu'elle peut affecter. Lors, au contraire, qu'ils traitent avec un étranger, ils sont exposés à des surprises, puisque la capacité des étrangers en France est régie par la loi étrangère. Il ne suffira pas à ces tiers de connaître l'âge, le sexe de leur contractant; il faudra encore qu'ils se renseignent sur les dispositions de la loi étrangère qui peuvent être fort différentes de la nôtre et que l'étranger n'est pas obligé de leur faire

connaître. Or, si tel est, en général, l'état d'infériorité des tiers français contractant avec des étrangers, qu'y a-t-il de surprenant à ce que cette infériorité se révèle encore lorsque les cocontractants sont des étrangers mariés? Les tiers français, connaissant qu'ils traitaient, par exemple, avec un Lucernois, devaient savoir que la législation du canton de Lucerne permet des contrats de mariage sous seing privé; de même qu'ils sont en faute si, contractant avec un mineur autrichien, ils ignorent que la majorité est plus reculée en Autriche qu'en France. »

L'article 1328 sur la date certaine a également pour objet de sauvegarder les intérêts des tiers. M. Weiss (*Droit intern. privé*, 797, note 2), et M. Duguit (*Conflit des législations*, 124), décident qu'il est applicable, quel que soit le lieu de la rédaction de l'acte et quelle que soit la nationalité des parties. On peut se demander cependant si l'acte privé étranger n'aurait date certaine que dans les trois cas spécifiés par l'article 1328 (enregistrement, jour de la mort de l'un des signataires, jour de la constatation de la substance de l'acte dans un acte public). Il a été jugé, afin de se référer à la loi étrangère, que le vœu du législateur est pleinement rempli lorsque pour fixer la date d'un acte, il se rencontre un événement quelconque qui rende absolument impossible que cet acte ait eu lieu postérieurement à cet événement (Tribunal de Mons, 14 août 1846; Cass. belge, *Pasicrisie*, 50.1.228); Laurent (*Principes de droit civil*, XIX, 281), applique au contraire rigoureusement cet article; malgré cette puissante autorité, nous croyons qu'il suffit de se conformer à la règle *locus regit actum*, même quelles que puissent être sur ce point les dispositions de la loi étrangère. La loi du lieu de l'acte est la

seule facile et même possible à appliquer, lorsqu'il s'agit de formalités. S'il est vrai que les tiers qui contracteront ensuite pourront être victimes d'une antedate parce qu'une rare législation aura négligé des garanties sur ce point, n'y a-t-il pas aussi à considérer l'intérêt du premier contractant qui ignore, ou tout au moins ne peut remplir la nécessité de cette formalité. Non seulement nous déciderons avec M. Duguit (p. 124), et contrairement à M. Laurent, que l'enregistrement à l'étranger donne date certaine, mais nous nous inclinerons complètement devant la loi étrangère. Le principe *fraus omnia corrumpit* suffit, comme garantie, toutes les fois qu'on est en présence de la règle *locus regit actum*; elle punirait l'étranger qui va exprès à l'étranger pour éviter l'article 1328, comme elle atteint celui qui entreprend ce voyage dans le but de faire une donation sous seing privé.

Après toutes ces éliminations, à quoi donc se réduit la notion de l'ordre public?

Nous avons vu au cours de cette thèse une tendance constante : lente et hésitante dans la jurisprudence, plus ferme et plus hardie dans la doctrine; la notion de l'ordre public en droit international privé se réduit sans cesse; la loi étrangère est de plus en plus acceptée. Une division capitale, décisive, a été faite; on a séparé l'ordre public national et l'ordre public universel. Cette distinction est maintenant acquise; elle va produire des conséquences considérables : il ne s'agit plus de savoir si telle institution dans telle législation résiste à l'application des lois étrangères, si les motifs qui l'ont inspirée ou la solution spéciale qu'elle édicte lui imposent cette inflexible rigueur; l'examen va se faire d'une

façon générale, désintéressée, impartiale, universelle; on se demande quelle est la nature intime du rapport de droit; est-ce une question de capacité? est-ce la condition des biens qui est en jeu? Et suivant la réponse on applique telle ou telle loi; si c'est une loi étrangère peu importe; l'ordre public universel ne semble plus s'y opposer. Mais, direz-vous, c'est cet ordre public universel qui a guidé dans ce premier travail pour discerner et résoudre les éléments en litige. Soit; mais, en parlant ainsi, vous enlevez aux mots leur signification ordinaire; le problème a changé de face, et, pour exprimer une situation nouvelle, vous employez les termes qui caractérisaient une ancienne méthode. Non, il ne peut plus être question de l'ordre public universel; cette notion a joué son rôle et produit ses effets : elle a caractérisé une phase importante dans l'évolution que subit l'application des lois étrangères; elle a nettement distingué les principes, qui devaient guider en cette matière, de ceux qui étaient invoqués pour les dérogations des individus aux lois nationales; elle a servi à indiquer des procédés nouveaux pour l'étude de nos problèmes, à préparer des solutions plus nettes et plus précises. Sa tâche est terminée; elle disparaît maintenant : nous avons annoncé qu'elle ne semblait devoir conserver une certaine utilité que pour les prescriptions du droit public ou les mesures prises dans l'intérêt des tiers; or, l'appeler au secours du droit public, c'est commettre une confusion manifeste; et nous venons de voir que l'examen des mesures protectrices des tiers pouvait, comme celui de tout autre problème, se poursuivre sans l'intervention de la notion de l'ordre public. Ne pouvons-nous pas conclure, en

nous rappelant que nous sommes dans le domaine du droit international privé, qu'il s'agit seulement des rapports de particulier à particulier, que les lois étrangères ne s'appliquent en principe que dans des cas déterminés avec soin, ne pouvons-nous pas conclure que la meilleure jurisprudence serait celle qui parlerait le moins souvent de l'ordre public et essaierait d'oublier cette vague et dangereuse formule?

•

POSITIONS.

DROIT ROMAIN.

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE.

1° Les comices par curies pouvaient donner ou refuser leur approbation au testament.

2° Il paraît douteux que la loi des XII Tables ait proclamé la pleine liberté du testateur.

3° L'exécution des charges ou legs imposés au *familix emptor* était sanctionnée par une action.

4° Dans le testament *per æs et libram* de droit commun, l'usage des *tabulæ* finit par devenir obligatoire.

POSITIONS PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE.

1° La compensation légale n'a été admise par le droit romain à aucune époque.

2° Le pacte adjoint *in continenti* à une stipulation était muni de l'action du contrat, même dans le cas où il avait pour but d'augmenter les obligations du débiteur.

3° La règle *dies interpellat pro homine* n'était pas admise en droit romain.

4° Même sous Justinien, les servitudes n'ont pu s'établir par pacte et stipulations.

DROIT CIVIL.

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE.

1° Les étrangers jouissent en France de tous les droits civils qui ne leur sont pas refusés par un texte spécial.

2° La capacité des étrangers est toujours régie en France par leur loi personnelle, sauf s'il y a eu fraude de leur part.

3° La recherche de la paternité est permise en France, lorsqu'il s'agit d'étrangers dont la législation permet cette recherche, et que les tribunaux se sont, par exception, déclarés compétents.

4° La loi du 10 juillet 1850, sur la publicité des contrats de mariage, ne s'applique pas aux étrangers se mariant en France.

POSITIONS PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE.

1° Le rapt par séduction doit être assimilé au rapt par violence pour autoriser la recherche de la paternité.

2° Les donations faites par contrat de mariage à l'un des futurs époux constituent, au point de vue de l'action paulienne, des actes à titre gratuit.

3° Après la dissolution de la communauté, les créanciers ne peuvent poursuivre le mari que pour la moitié de l'obligation contractée par la femme avec son autorisation.

4° Le don ou le legs fait à un héritier réservataire

qui répudie la succession ne peut s'imputer que sur la quotité disponible.

DROIT CONSTITUTIONNEL.

1° L'article 8 de la loi du 16 juillet 1875 énumère limitativement les traités qui doivent être soumis à l'approbation des Chambres.

2° Sous la constitution actuelle le Sénat a, en matière budgétaire, les mêmes droits que la Chambre des députés, sauf la question de priorité.

DROIT DES GENS.

Les droits de l'occupant, relativement aux chemins de fer, sont différents suivant qu'ils seront exploités par l'État ou par les particuliers.

SCIENCE FINANCIÈRE.

Le commencement de l'exercice budgétaire doit être reporté au 1^{er} juillet.

Vu par le Président de la Thèse,

CH. LYON-CAEN.

Vu et approuvé :

Le Doyen,

COLMET DE SANTERRE.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES.

DROIT ROMAIN.

DES FORMES DU TESTAMENT ROMAIN.

	Pages.
INTRODUCTION.....	3
CHAPITRE I. Le testament considéré comme une institution d'ordre politique et religieux.....	7
I. Testament <i>calatis comitiis</i> . Préoccupations qui ont inspiré le choix de cette forme.....	7
II. Nature de cette première forme; conséquences qui persisteront.....	16
III. Restrictions qu'elle impose.....	23
IV. Sa décadence.....	27
V. Testament <i>in procinctu</i>	36
CHAPITRE II. Le testament devient une institution d'ordre privé.....	39
<i>Section première. De la familiæ mancipatio</i>	39
I. Causes de son adoption.....	39
II. Conséquences qui en résultent.....	50
III. Ses imperfections.....	55
<i>Section deuxième. Du testament per æs et libram</i>	60
I. Divers progrès qu'il réalise.....	60
II. Notion qu'il met en évidence.....	68
III. Forme nuncupative.....	72
CHAPITRE III. Influence du préteur.....	75
I. Dangers auxquels il remédie.....	75
II. Nature de la protection qu'il accorde.....	78
B.	16

	Pages.
CHAPITRE IV. Réformes impériales.....	81
I. Retour à l'unité.....	82
II. Garanties nouvelles.....	83
III. Extension de la capacité de tester.....	88
IV. Concession de privilèges.....	92
CONCLUSION.....	96

DROIT FRANÇAIS.

DE LA NOTION DE L'ORDRE PUBLIC

EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

INTRODUCTION.....	101
-------------------	-----

PREMIÈRE PARTIE.

Étude historique. — Transformations successives de la notion de l'ordre public en droit international privé.

CHAPITRE I. Extension donnée à l'origine à cette notion.....	111
I. De l'ordre public dans l'application des lois françaises.....	111
II. Avec quelles idées sont acceptées les lois étrangères ; hésitation à les admettre ; prééminence accordée à l'intérêt français ; nombres restrictions au nom de l'ordre public.....	116
III. En cet état eût-il été possible de donner une définition précise?.....	130
CHAPITRE II. Distinction de l'ordre public national et de l'ordre public universel.....	136

	Pages.
I. Nouvelles idées à l'égard des étrangers et de leurs lois; la notion de l'ordre public se réduit à une plus simple expression	436
II. Diverses appellations données aux deux ordres publics; leurs caractères différents	446

SECONDE PARTIE.

Tendances actuelles. — Réduction progressive de la notion de l'ordre public en droit international privé.

CHAPITRE I. L'application des lois étrangères, dans les matières où elle est ordonnée, n'est en principe limitée que par les prescriptions du droit public et les mesures prises dans l'intérêt des tiers	458
CHAPITRE II. Développement et justification de ce principe. Ses conséquences	469
I. De l'application des lois étrangères en ce qui concerne l'état des personnes	469
<i>Première situation.</i> Nos tribunaux reconnaissent purement et simplement les conséquences de la loi étrangère	472
<i>Deuxième situation.</i> Nos tribunaux participent activement à l'application de la loi étrangère	488
II. De l'application des lois étrangères en ce qui concerne la condition des biens	203
III. De l'application des lois étrangères en ce qui concerne les actes juridiques	206
De la loi qui régit la capacité des personnes	208
De la loi qui régit les formes de l'acte	209
De la loi qui régit la substance de l'acte	213
De la loi qui régit l'extinction des effets de l'acte ..	221
CHAPITRE III. Détermination précise des limitations admises en principe. Conclusion	228

